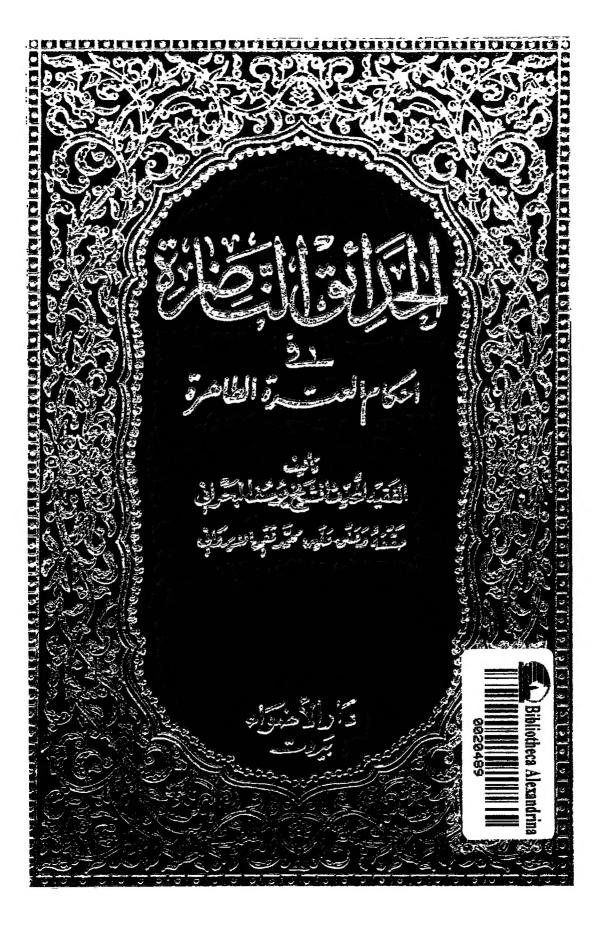
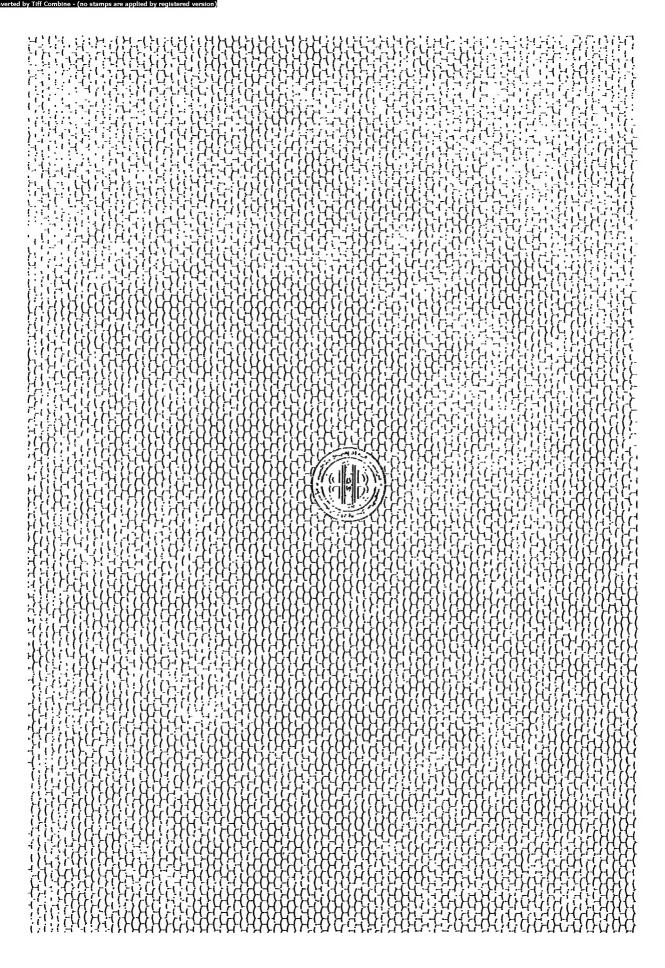
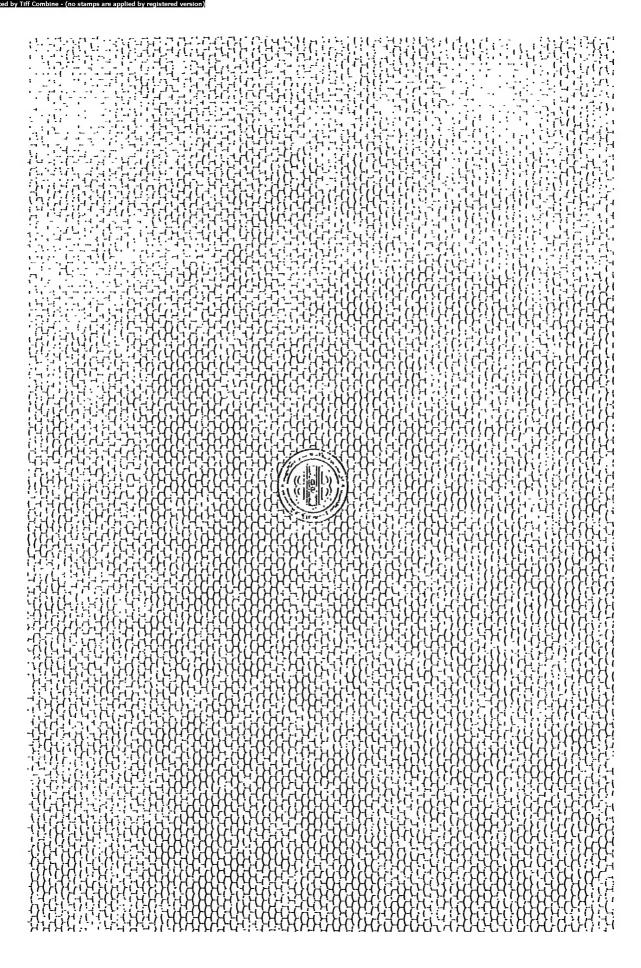
nverted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)









المنافق المنافرة الطاهرة

تأليفت المحدَّدُ الشَّيخ يُوسف الجُرْإنى المَّدَةُ المَّيْخ بُوسف الجُرْإنى المُلانذُ مجرة

حِقْقَهُ وَعَلَّقَ عَلَيْه ، جِحَد تَيقَ الايرواني

الجرزة للحادي والعشرون

وَلِرُلِاللَّهُ خِنَولِهِ

جسمين المخفوظة الطبعة الثانية المُصَحَفَعة الثانية المُصَحَفَعة معاهد - ١٩٨٥ مر

دارالأضواء

بَيروت - الغبَيره - مشكاره عبَدالله المكاك - بنكاية الرَّومَهَة من بب، ١٥/٤٠ - برقيا النبكره - حسنكو onverted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدية وبالعالمين وصلىاله علىمحمدها تم النبيين و آله الطاهرين كتا**ب ا**لضمان

اعلم أن النمان عند الفقهاء لفظ مشترك يطلق على معنيين أحدهما أخس من الاخر والمعنى الاعم عبارة عن عقد شرع للتعهد بمال أو نفس، والتعهد بالنفس هو الكفالة والتعهد بالمال انكان ممن في نعته مال فهو الحوالة والا فهو النمان بالمعنى الاخس الا ان في هذا المقام اشكالا من حيث الخلاف في الحوالة، وأنه هل يشترط فيها شغل الذعة أم لا قولان: والاقسام الثلاثة انما تتم بناعاً على الاول وأما على الثاني فهي داخلة في النمان بالمعنى الاخس. والمحقق في الشرايع مع قوله بعدم اعتباد شغل لذهة المحال عليه للمحيل قائل بالتقسيم الى الاقسام الثلاثة، وهو جعل الحوالة قسيماً للضمان بالمعنى الاخير وهو مشكل لما عرف و الثلاثة، وهو جعل الحوالة قسيماً للضمان بالمعنى الاخير وهو مشكل لما عرف و باعتباد القسم الاخر للحوالة وهو مهد مشغول النمة للمحيل، فيكون هو أحداً باعتباد القسم الاخر للحوالة، وهو مشعد مشغول النمة للمحيل، فيكون هو أحداً للاقسام الثلاثة خاصة، ويكون القسم المشترك ذاجهتين من حيث تسميته هنا ضماناً خاصاً وحوالة، فيسهل الخطب بذلك.

وكيفكان فالمراد هنا عندنا بالمنمان هوالمعنى الاخص وهو التعهد بالمال من البرىء وللميتنادر من الحلاق لفظ المنمان في كلامهم هو المعنى الاخص و لذا ان جملة منهم أفراد لكلمن الثلاثة كتاباً عليحدة وبعض لاحظ المعنى الاعم، و جعل الثلاثة في كتاب واحد، وقسمه الى الاقسام الثلاثة كالمحقق في الشرايع، و المعلامة في الارشاد وغيرهما في غيرهما، وعلى هذا النهج جرينا في هذا الكتاب، وحينند فالبحث في هذا الكتاب يقم في مقاصد ثلاثة الاول في المنمان بالمعنى الاخص وهو التعهد بالمال من البرىء و فيه بحوث ثلاثة:

الاول _ فى المنامن: والكلام فيه يقع فى مواضع، أحدها _ لاخلاف فى أنه يشترط فى المنامن جواذ التصرف المالى، فلايصح ضمان الصبى ولا المسينون، بل المنافل والساهى أيضاً، والطاهر أنه لاخلاف فيه كما ذكره بسنهم، والطاهر أن السفيه المحجود عليه لسفهه كذلك، وبه صرح فى التذكرة وغيرها.

و أما المملوك فان ضمن بغيراذن سيده فنى صحته قولان : أحدهما ... وبه قطع المحقق فى الشرايع من غير نقل خلاف ـ العدم، وهو قول الشيخ وابن البعنيد، واستدلوا عليه بأن العبد لايقدد على شيء _ كما وصفه الله تعالى (١) وذمته مملوكة للمولى، فلا يملك اثبات شيء فيها الا باذنه.

وقيل: بالصحة، واختاده العلامة في المختلف، وقربه في التذكرة، وعلل بانتفاء المسرد على المولى، لان استحقاق المطالبة له بما يستقرفي ذمته بعد المتق لاضرد فيه، كما لو استدان بغيراذن سيده، وأجاب في المختلف عن الاية بأن المراد بالشيء المال، لقوله في مقابلته : - دومن دزقناه منا دزقاً حسناً والمسألة معل توقف واشكال، وان كان ضمانه باذن سيده، فانه يصح اجماعاً كما ذكره العلامة في المختلف.

١- سورة النحل الاية ٥٠

لكن بقى الكلام فى أنه لو أطلق له الاذن و لم يشترط له الاداء من كسبه، ولا السبرالى أن يعتق، فهل يتعلق بنعته أم بكسبه، قولان: قال فى المبسوط: قيل: انه يتعلق بنعته، وان عينه فى نعته أو كسبه أو غيرهما من امواله تعين، و وجب قناؤه، ولم برجح الشيخ هنا شيئاً من القولين المذكورين، وعلل القول الاول بأن اطلاق النمان أعم من كل منهما، والعام لابدل على الخاص، فلم بقع من المولى ما يدل على التزامه فى ملكه، وكسبه ملكه، وكسبه ملك، ولان الاذن فى الكلى ليس اذناً فى الجزئى المعين، وان كان لا يوجد الافى ضنه كما حقق فى الاسول، وعلل القول الثانى بأنه انما يتعلق بكسبه، لان اطلاق النمان انما يحمل على الضمان الذى يستعقب الاداء، فانه المعهود، والاداء من غير مال السيد يمتنع، وكذا فى مال غير الكسب، والالكان هو المنامن لاالعبد، وهو خلاف التقدير فيكون فى كسبه، قال فى المسالك: والبحث فى ذلك قريب مما لو خلاف التقدير فيكون فى كسبه، قال فى المسالك: والبحث فى ذلك قريب مما لو أذن له فى الاستدانة فينبغى ترتب قول ثالث، وهو ان الضمان يتعلق بالمسولى و

أقول: هذا القول الثالث مستقرعلى حمله هذه المسألة على مسألة الاذن في الاستدانة، فانه لااشكال في كون ذلك على السيد، سواءكان الاستدانة للعبد أد السيد كما تقدم تحقيقه في كتاب الديون، وحينتذ فيتجه هنا هذا القول الثالث بناء على ذلك، وهو قريب من حيث الاعتبار، لان الاذن في المنمان في معنى الاذن في الاستدانة، الاأن المسألة لخلوها من النص بجميع مقوقها محل اشكال. والله العالم

الثاني. هليشترط علم النامن بالمنبون له والمنبون عنه ، ومعرفتهما بنسبهما أو وصفهما، قيل: نعم وقيل: لايشترط ، وقيل: يشترط معرفة المنبون عنه دون معرفة المنبون له ، والقول الاول. للشيخ في المبسوط ، والثاني له أيناً في المخلاف ، وهو اختيار المحقق في الشرايع، والشهيد ، والعلامة في غير المختلف ، والشهيد ألثاني في المسالك وجماعة ، والثالث للعلامة في المختلف ، وعلى القول

الثاني فانه وان لم يشترط المعرفة على الوجه المتقدم، لكن يشترط عندهم ان يمتاذ المضمون عنه عند الضمان بما يصح هعه القصد الى الضمان عنه .

استدل العلامة فى المختلف على اشتراط معرفة المضمون عنــه قال: لنا ان المضمون عنه لابد وأن يتميز عند المنامن، ويتخصص عن غيره ليقع المضمان عنــه، وذلك يستدعى العلم به .

وما رواه أبوسعيد الخدرى (١) د قال كتا مع رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) في جنازة فلما وضعت قال (صلى الله عليه وآله): حل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم، درهمان، فقال: صلوا على صاحبكم، فقال على (عليه السلام): حما على يا رسول الله وأنا لهما ضامن، فقام رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فصلى عليه، ثم أقبل على على فقال: جزاك الله عن الاسلام خيراً و فكّ رحانك كما فككت رحان أخيك ».

وروى جابر بن عبد الله (٢) دأن النبى (صلى الله عليه وآله) كان لايصلى على رجل عليه دين فأتى بجنانة فقال: هل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم ديناران، فقال صلوا على صاحبكم فقال أبوقتادة هما على يارسول الله قال: فسلى عليه فلما فتح الله على رسوله، قال: أنا أولى بالمؤمنين من انفسهم، فمن ترك مالا فلورثته من ترك ديناً فعلى،

وهما يدلان على صحة الضمان مع عدم العلم بالمضمون له، ثم قال: احتج الشيخ في الخلاف بالحديثين، «فان النبي سلى الله عليه وآله لم يسأل علياً (عليه السلام) ولا أباقتادة عن صاحب الدين ولا الميت، فلايشترط علمهما وعلى قوله في المبسوط بأنه يشترط معرفة المضمون له ليعرف هل هو سهل المعاملة أم لا، ومع انتقاء ذلك يتطرق الغرر، ومعرفة المضمون عنه لينظر هل يستحق بذلك عليه أم لا.

١- الوسائل ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ من ابواب أحكام الضمان الرقم ٢ .

٧- الوسائل ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٢ من ابواب أحكام الضمان الرقم ٣.

ثم قال: والجواب عن الاول القول بالموجب في المضمون له، وأما المضمون عنه فانه متعين لتستخصه، وحضوره عنده، ولايشترط علمه بنسبه ولاحاله، والترد ليس بمعتبر، اذ لايشترط علمه حال الضمان بحسن معاملة المضمون له وعدمه، وان علمه بعينه اجماعاً فلوكان الغرد معتبراًكان العلم بهذا الوسف شرطاً، وليس كذلك بالاجماع انتهى.

أقول: وبذلك علم حجج هذه الاقوال المذكورة في المقام، وهي عند التحقيق لا اعتماد عليها في تأسيس الاحكام، أما قوله لنا: ان المنمون عنه الى آخره، فغيه أولا أنه مصادرة معضة، لان هذا عين المدعى، ومع تسليمه فانه يكفى التميز بوجه ما، كما اعترف به القائلون بعدم الاشتراط بالنسبة الى المضمون عنه، وبه يظهر ضعف قوله وذلك يستدعى العلم به.

وأما الخبران المذكوران فانهما وان ذكرهما الشيخ في الخلاف، الأأن المظاهر أنهما من روايات العامة، فانهم كثيراً ما يستسلفون رواياتهم، ولاسيما الشيخ في الكتاب المذكور، فلاتقوم بهما حجة، ومع تسليم صحتهما فهما بالدلالة على العدم _ في كل من المضمون له، وعنه _ أقرب، كما ذكره الشيخ في الخلاف، حيث استدل بهما على ذلك بالتقريب الذي تقدم نقله عنه. (١)

وأما ما استدل به الشيخ في المبسوط فهو أظهر ضعفاً من أن يتعرض لبيانه ،

¹_ أقول: هذان الخبران وان لم ينقلا في كتب اخبادتا، لكن في بعض الاخباد، ما يشير الى ذلك، كمحيحة معاوية بن وهب قال: قلت لا بي عبد الله (عليه السلام): أنه ذكر أنا أن رجلا من الانصار مات وعليه ديناران دينا قلم يصل عليه النبي (صلى الله عليه وآله) وقال بصلوا على صاحبكم حتى ضمنهما عنه بعض قرابته فقال ابوعبد الله (عليه السلام) ذلك المحتيثم قال ان رسول الله (صلى الله عليه وآله) انما فعل ذلك ليتعظوا وليرد بعضهم على بعض و اللايستخفوا بالدين . الحديث . الوسائل ج١٢ ص ١٩٧ الباب ٢ من ابواب الدين و القرض الرقم - ١ . وقد تقدم في صلد كتاب الدين ـ منه رحمه الله .

ولو صح بناء الاحكام الشرعيه على مثل هذه التعليلات الواهية لاتسع المجال و الكلام في تشريع الاحكام مع استفاضة النصوص عن ذوى الخصوص بالمنع من القول فيها الا بما ورد عنهم (عليهم السلام) والا فالسكوت، وما اجاب به في المختلف عن حجة المبسوط بالنسبة الى المضمون عنه بأنه متعين لتشخصه وحضوره عنده انما يتم بالنسبة الى مورد الخبرين، والمدعى أعم من ذلك .

وبالجملة فان الاعتماد في تأسيس الاحكام على مثل هذا الكلام مبعازفة معصفة في أحكام الملك العلام، والعبب منهم (رضوان الله عليهم) أنهم يطعنون في الاخباد المتفق على روايتها في الاصول المشتهرة المعتمدة، بناء على الاصطلاح المحدث، ويعولون هنا على نقل هذه الروايات الواهية التي هي كبيت العنكبوت، وأنه لاوهن البيوت مضاهية.

وبذلك يظهر لك أن الاصح من هذه الاقوال هو القول بعدم الاشتراط مطلقا، و مما يدل صريحاً على عدم معرفة المضمون له ما رواه في الكافي عن فضيل وعبيد (١) عن ابي عبدالله (عليه السلام) «قال: لما حضر محمد بن أسامة المسوت دخل عليه بنوها شم فقال لهم: لقد عرفتم قرابتي ومنزلتي منكم، وعلى دين فأحب أن تقضوه عنى، فقال على بن الحسين (عليهما السلام) ثلث دينك على، ثم سكت وسكتوا، فقال على بن الحسين (عليهما السلام) على دينك كله، ثم قال على بن الحسين (عليهما السلام) على دينك كله، ثم قال على بن الحسين (عليهما السلام) على دينك كله، ثم قال على بن الحسين (عليهما السلام) على دينك أن أضمنه او لا الاكراهة أن يقولوا: سبقنا» وهذا النجر كما أنه يدل على عدم اشتراط معرفة قدر يدل على عدم اشتراط معرفة المضمون له، كذلك يدل على عدم اشتراط معرفة المضمون عنه بأن الضمان وفاء دين عنه، وهو جايز مطلقا عللوا عدم اعتبار العلم بالمضمون عنه بأن الضمان وفاء دين عنه، وهو جايز عن كل مديون.

وأما المضمون له فان اعتبر فيه القبول لفظاً كما هو مقتضى العقد اللازم،

١- الكافي ج ٨ ص ٣٣٢ ح ١٤ه ، الوسائل ج ١٣ ص ١٥١

اقتمني ذلك تميزه وان لم يعتبر، فانه لا يعتبر العلم به .

أقول: الاظهرفي الاستدلال على ذلك هو التمسك باصالة العدم حتى يقـوم دليل على الاشتراط في المضمون عنه، أو المضمون له.

وأما اعتباد القبول وأنه لابد من عقد يشتمل عليه فقدعرف من الخبر المذكود ما يدفعه ، فانه (عليه السلام) بمجرد اخباد محمد المذكود أن عليه دينا ضمنه من غير فحص، ولاعلم بصاحب الدين بالكلية، ولاعلم بقدد الدين، وكذلك يؤيده الخبران المتقدمان حذا .

وأما ما ذكره القائلون بهذا القول. من اشتراط امتياز المضمون عنه عند الضامن ليصح معه القصد الى الضمان عنه كما قدمنا نقله عنهم.

فقيل: ان وجهه أن الضمان يتوقف على القصد، وهو متعلق بالمضمون عنه والحق، فلابد من تميزه بوجه تزول عنه الجهالة ليمكن القصد اليه .

وأورد عليه بأنه يشكل بمنع توقف القسد على ذلك، قان المعتبر القصد الى المنمان، وهو التزام المال الذى يذكره المضمون له فى النحة، وهو غير متوقف على معرفة من عليه الدين، والدليل انما دل على اعتبار القسد فى العقد، لا فى من كان عليه الدين، فلوقال شخص مثلا: انى استحق فى نحة شخص مأة درهم، فقال له آخر: ضمنتها لك، كان قاصداً الى عقد الضمان، على أى من كان الدين عليه، و لا دليل على اعتبار ما ذاد عن ذلك.

و الى ذلك مال فى التذكرة حيث قال: دوهل يشترط معرفة ما يميزه عن غيره؟ الاقرب العدم، بل لوقال: ضمنت السديسن الذى لك على من كان من الناس جساذ. تعسم لابسد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن، بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه، لو لم يقسد الضمان عن أتى من كان. انتهى

أقول: ما حكموا به من صحة الضمان دثبوته في هذه الصورة بمعنى على أي من كان من الناس لمأقف فيه على ض يدل عليه، أديشير اليه، والمنهوم من الروايات

الواردة في هذا الباب انها هو اعتباد معرفة المضمون عنه ولو بوجه ما ، والحكم بالصحة فيما ذكروه يتوقف على الدليل، لان الاسل براءة النمة ، والحكم باشتفالها يحتاج الى دليل واضح، والركون الى هذه التعليلات العليلة مجاذفة معضة كما عرفت ، ودعوى العموم في بعض روايات الضمان _ على وجه يشمل هذه السورة _ ممنوعة ، وبذلك يظهر أن الاظهر في الاحتجاج على اعتباد ذلك انما هو كونه هو الوارد في النصوص ، لا ما عللوا به من القصد الذي تطرقت اليه هذه المناقشه .

الثالث المشهود عند الاصحاب اشتراط دضا المضمون له في صحة الضمان، وعللوه بأن حقه يتحول من نعة غريمه الى نمة الضامن، والناس يختلفون في حسن المعاملة وسهولة القضاء، فلو لم يعتبر دضاه لزم الضرد والغرد، ونقل عن الشيخ قول بعدم اشتراط دضاه، محتجاً بأن علياً (عليه السلام) وأباقتادة ضمنا الدّين عن الميت، ولم يسأل النبي (صلى الله عليه وآله) عن دضا المضمون له، وأجيب بأنها واقعة لا عموم لها، وأن ذلك انها يدل على عدم بطلان الضمان قبل علمه ودده، و محن تقول بموجبه، لا له صحيح، ولكن لا يلزم الا برضا المضمون له.

أقول: والذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذه المسألة ما رواه ثقة الاسلام والشيخ نور الله تعالى مرقديهما عن عبدالله بن سنان (١) في الصحيح «عن أبي عبدالله (عليه السلام) في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء وقال: اذا رضى به الغرماء ققد برثت نمة الميت » .

ورواه في القفيه (٢) عن الحسن بن محبوب عن الحسن بن صالح الثورى عن أبي عبد الله (عليه السلام) مثله، والحسن بن صالح ذيدى ضعيف، والخبر المذكور ظاهر في الدلالة على القول المشهور، وبه استدل جملة من أصحابنا المتأخرين من غيرأن ينقلوا له ممارضاً في ذلك، مع وجود المعارض في الاخبار، بل تعدده كما

۱... التهذيب ج ٦ ص ١٨٧ ح ١٧ وفروع الكافي ج ٥ ص ٩٩ ح ٢ ٢... القيد ج ٣ ص ١١٦ ح٣٣

ستقف عليه .

ح ۲۱

ومثل هذا الخبرقول الرضا (عليه السلام) في كتاب فقه الرضوى (١) حيث قال (عليه السلام) : «وانكان لك على رجل مال، وضمنه وجل عند موته وقبلت ضمائه فالميت قد بر * وقد لزم المنامن وده عليك » .

ومنها ما دواه الشيخ فى التهذيب فى الموثق عن اسحاق بن عماد (٢) عن أبى ــ عبدالله (عليه السلام) فى الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه: على دينك قال: يبرئه ذلك، وان لم يوفه وليه من بعده، وقال: أدجو أن لايأثم، وانها اثمه على الذى يحبسه،

وما دواه في الكافي والتهذيب عن الحسين بن الجهم في الموثق « قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل مات وله على دين، وخلف ولداً رجالا ونساءاً و صبياناً، فجاء وجل منهم فقال: أنت في حل مما لابي عليك من حستى وأنت في حل مما لاخوتي وأخواتي، وأنا ضامن لرضاهم عنك، قال: تكون في سعة من ذلك وحل، قلت فان لم يعطهم؟ قال: كان ذلك في عنقه، قلت: فان وجع الورثة على فقالوا: اعطنا حقنا، فقال: لهم ذلك في الحكم الطاهر، فأما بينك وبين الله عزوجل فأنت منها في حل اذاكان الرجل الذي أحل لك يضمن لك عنهم وضاهم فيحتمل المنامن لك، الحديث (٣)

و الغبران المذكوران ظاهرا الدلالة ، سريحا المقالة ، ولاسيما الثانى فى صحة المنمان ولزومه ، من غيرتوقف على دضا المنمون له ، فان الثانى سريح فى أنه مع عدم الرضا، فان النهمان لازم ، وقد ذكر تا فى حذا الخبر جملة من الفوايد

٧_ التهذيب ج ٦ ص ١٨٨ح ٢٢

١- المستلزك ج ٢ ص ١٩١

٣- فروع الكافي ج٧ ص ٣٥ كتاب الوصايا ح٧، وفي التهذيب ج٩ ص١٦٧ كتاب الوصايا ح ٧، وفي التهذيب ج٩ ص١٦٧ كتاب الوصايا ح ٨٨ - اذا كان الرجل الذي حللك يضمن عنهم دضاهم فيحتمل لما ضمن لك، وفي الوسائل ج ١٦ ص ٢٥ الباب - ٤- من ابواب أحكام الضمان - اذا كان الرجل الذي حللك يضمن عنهم دضاهم فيحمل لما ضمن لك .

الزايدة على محل الاستدلال في كتاب الديون.

و يدل على ذلك أيضاً ما رواه الشيخ في الصحيح عن حبيب الخثممي و الصدوق في الغفيه عن أبن المي عمير عن حبيب الخثممي عن الي عبدالله (عليه السلام) دقال: قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير اذن صاحبه قال: لا يأخذ الا أن يكون له وفاء قال: قلت أدأيت ان وجدت من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه قال: تمم ، (١)

وهو كما ترى أيضاً ظاهر في صحة النمان من غيراشتراط رضا المضمون له، والمراد من الخبرأن النامن أشهد على تفسه بأنه ضامن، وينبغي تقييده بملائة النامن أيضاً، وحمله على ذلك .

ولمأقف على من تعرض لتقل هذه الاخباد في المقام، فغلا عن البعواب عنها سوى صاحب الكفاية، فانه نقل موثقة اسحاق بن عماد، وأجاب عنها بأنها تضعف عن مقادمة الخبر العسميح المعتضد بالشهرة بين الاسحاب، دهو كماترى، مع أن المخالفة غير منحصرة في الموثقة المذكورة كماعرفت، والمسألة عندى معمل توقف واشكال، لعدم معلومية ما يجمع به بين هذه الاخباد. (٢)

۱- (في الوسائل ج ۱۳ ص ۲۳۲ كتاب الوديعة الباب ۸۰۰ قال: قلت ... بغيراذن ققال ... ادأيت ان وجد من ... الخ) .. (وفي من لا يحضره الققيه ج ۳ ص ۱۹۴ ح ٤) - (وفي التهذيب ج ۷ ص ۱۸۰ ح ٥ كتاب الوديمة) .

٧- والعجب من المحلث الكاشائي في المحجة حيث أنه ممن اختار القول المشهور فقال: _ بعد ذكر المسألة خلافا للشيخ في أحد قوليه للخبر _ وهو قاصر الدلالة ، والظاهر أنه اشار بالخبر الى موثقة اسحاق بن عمار ولاأددى بما أراد من قصور الدلالة مع أنها واضحة الدلالة على القول المذكور فإن ظاهرها أنه بمجرد قول وليه على دينك ، تبرء ذمة المضمون عنه من الدين، وتنتقل إلى ذمة الولى المذكور، من غير توقف على العلم بالمضمون له، فضلا عن رضاه بذلك ، وأخرج منها رواية الحسين بن الجهم كما عرفت . منه رحمه الله

ثم انه بناء على القول المشهود من اشتراط دضا المضمون له فهل المعتبر مجرد دضاه كيف اتفق ولو مع التراخى؟ أم لابد من كونه بصيغة القبول، قولان: استجود في المسالك الثاني، قال: لانه عقد فلابد فيه من القبول، ولاسالة بقاء ما كان من شغل ذمة المضمون عنه وسلامة ذمة الضامن، وانتفاء حق المضمون له الى أن يتحقق المزيل، وحينتُذ فيعتبرفيه ما يعتبر في ساير العقود من التواصل المعهود بين الايجاب والقبول، وكونه بلفظ الماشي واللفظ العربي، لانه من العقود اللازمة.

ثم قال: ووجه العدم قصة على (عليه السلام) وأصالة عدم الاشتراط، ومخالفته لغيره من العقود المملكة، لان الضمان لايثبت ملكا جديداً وانما يتوثق به الدين الذىكان مملوكا، وفيه ان استحقاق المضمون له عند الضامن حقاً ضرب من التملك ثم ينتقض بالرهن، فانه فائدته التوثق مع اشتراطه فيه انتهى .

أقول جميع ما ذكره وأطال به لايخرج عن مجرد الدعوى، ولمأده استند الى دليل يدل عليه ولابر هان يلجأ اليه الاالتمسك بأسالة بقاء شغل فعة المنسون عنه، وعدم شغل فعة المنامن، وفيه أنه وانكان الامر كذلك لكن يجب النظر في الدليل المخرج عن ذلك من الاخباد الواددة في هذا المضماد، لا مجرد الدعاوى العادية عن الاعتباد.

وأنت خبير بأنه لم يود في الاخبار مما يدل على اشتراط دسا المضون له الا صحيحة عبد الله بن سنان، وقوله « فيها اذا رضى به الغرماء فقد برئت نمة الميت وظاهرها بل صريحها هو توقف ذلك على ما يدل على الرضا بأى لفظ كان ، بل بغير لفظ أيضاً، وفي معناها عبارة كتاب الفقه الرضوى، ومن أين يفهم من ذلك اشتراط كونه عقداً مشتملا على الايجاب والقبول بهذه الاعتبادات التي أطال بها، مضافاً الى ما عرفته في كتاب البيع من عدم دليل على هذه الامور المذكورة، بل قيام الدليل على خلافها، وهو ممن وافق على ذلك ثمة ، على أنك قدعرفت من الروايات الثلاث التي أوردناها أنه يكفى في حصول النمان ـ وانتقال المال الى نمة المنامن ـ قوله

«على دينك أو أنا ضامن لرضاهم عنك»، ونحو ذلك من الالفاظ الدالة على ذلك ، وبالجملة فان كلامه هنا بمحل من الضعف الذي لا يخفى على المنصف والله المالم .

الرابع: ظاهر جملة من الاسحاب أن رضى المضمون عنه غير شرط في صحة المنمان، بليظهر من المسالك أن ذلك موضع وفاق، حيث قال بعد قول المسنف:
ولاعبرة برضا المضمون عنه، لان المنمان كالقناء، هذا موضع وفاق، ولان اداء الدين كما يجوذ بغيراذته فالتزامه في النمة أولى، ولسحة النمان عن الميت كمامر في واقعة المسلى عليه ولا يتسور رضاه. انتهى

وأشاد بالواقعة المذكورة الى حديثى على (عليه السلام) وأبي قتادة المتقدمين. أقول: ما نقله هنا من الاتفاق على المحكم المذكور ينافيه ما نقله في المختلف عن الشيخ أنه قال في النهاية: متى تبرع المنامن من غير مسألة المضمون عنه، وقبل المضمون له ضمانه، فقد برع عهدة المضمون عنه، الا أن ينكرذلك ويأباه، فيبطل ضمان المتبرع، ويكون المحق على أصله لم ينتقل عنه بالضمان، ثم نقل عن ابن البراج أنه قال: اذا تبرع انسان بضمان حق ثم أنكر المضمون عنه ذلك كان المحق باقياً في جهته، لم ينتقل الى المتبرع بضمان ذلك، قال: وهذا يوافق قول الشيخ من اعتبار رضى المضمون عنه في الضمان، وبه قال ابن حمزة، وهو قول شيخنا المفيد رحمه الله في المقنعة، ثم نقل عن ابن ادريس أنه لا يعتبر رضى المضمون عنه، بل يلزم الشمان مع دشى الضامن والمضمون له، قال: وهو مذهب والدى رحمه الله، ثم استدل على مع دشى الضامن والمضمون له، قال: وهو مذهب والدى رحمه الله، ثم استدل على ذلك فقال: لنا قوله (عليه السلام) (١) « الزعيم غارم» وما دواه داود الرقى (٢) في السحيح عن الصادق (عليه السلام) قال: مكتوب في التوراة «كفالة ندامة غرامة» ولانه كالقضاء فلاخيار له كما لو قضى عنه . انتهى

ومنه يظهرما في دعوى الاتفاق مع ظهور خلاف هؤلاء الاجلاء والقائلون

١- المستلوك ج ٢ ص ١٩٤

٧- الوسائل ج ١٣ الباب ٧ من أبواب الضمان ص ١٥٥ ح ه .

بعدم اشتراط رضى المضمون عنه، قالوا: تغريماً على ذلك: بانه لوأنكر المضمون عنه بعده الضمان لم يعتبر رضاه ابتداءً فلاعبرة بانكاره بعده، ثم نقلوا هنا خلاف الشيخ وجماعة حيث حكموا يبطلانه بعد انكاره، وردوه بأنه ضعيف جداً.

أقول: ان الشيخ انما حكم هنا يبطلان الضمان بالانكار تغريعاً على قول استراط رضى المضمون عنه فى صحة الضمان، مع أنهم لم ينقلوا خلافه هناك، بل ادعوا الاتفاق، وهو يشعر بموافقة الشيخ لهم فى تلك المسألة، وتخصيص مخالفت بهذه، ومن ثم نسبوه الى كو ته ضعيفاً جداً.

وأنت خبير بأنا لمنجد لهم دليلا شافياً على ما ادعوه من عدم اشتراط دسى المضمون عنه في صحة الضمان ، الاما يذكرونه من جواذ أداء الدين عنه بغير دشاه ، وغاية ما يستند اليه هنا في أداء الدين حديث الضمان عن الميت ، حيث أنه لايتصور الرضا أو عدمه من الميت .

وما ادعوه من جواذ أداء الدين عن الحى وبرائة ذمت مع عدم دضاه بذلك لم تقف له على دليل ومع وجود الدليل عليه فحمل الضمان على ذلك قياس، وان كان مما يرجع اليه بنوع من الاعتباد والاستناد الى المنمان عن الميت أو الاداء عنه غير دال على ما تحن فيه، لظهود الغرق بين الحى والميت، فهو قياس مع الفادق، وما ذكره العلامة من الدليل عليل لايهدى الى سبيل وبالجملة فالمسألة لماعرفت محل اشكال.

الخامس: الظاهرأنه لاخلاف في أنه متى تحقق النمان على الوجه المعتبر شرعاً انتقل المال من ذمة المضبون عنه الى ذمة النامن، وبر المضبون عنه من حق المضبون له، وانما يبقى الحق في ذمة النامن اذاكان النمان باذنه دون ما اذا كان تبرعاً وخالف كافة العامة في ذلك حيث قالوا: بان النمان غير ناقل، وانما هو ضم ذمة الى ذمة، فللمضمون له مطالبة من شاء من النامن والمضمون عنه.

ويدل على القول المذكود مضافاً الى اتفاق الاسحاب (دضوان الله عليهم)، محيحة عبدالله بن سنان، وموثقة اسحق بن عماد، وموثقة الحسين بن الجهم المتقدمات، فانها سريحة في خلو نمة المضمون عنه، وانتقال المال الى نمة المنامن، فعلى هذا لو أبرأ المضمون له نمة المضمون عنه لم يغد شيئاً، بلكان لغواً وذلك لانك قدعر فت أنه بالضمان انتقل المال الى نمة المنامن، وبرئت نمة المضمون عنه من حق المضمون له، فهذا الابراء لم يصادف محلا لانه غير مشغول النمة له.

نعم لو أبرأ نمة النامن برئا جميعاً، أما النامن فلانه مشغول النمة له، فاذا أبرئه برئت نعته، وأما المضمون عنه فلان النامن لايرجع عليه الا بماأداه عنه، وهو هنا لم يؤد عنه شيئاً، فلايرجع اليه بشيء، وخالف الجمهور في ذلك، فقالوا: ان كل واحد من النامن والمضمون عنه نمته مشغولة، فاذا أبرأ المضمون له المضمون عنه فقداً برأ الشامن، لسقوط الحق كما لو أدى المال، ولوأبرأ المنامن لم يبرء المضمون عنه، لان النامن عندهم كالوثيقة فلايلزم من سقوطها سقوط الدين كفك الرهن.

والحكم المذكور اتفاقى بين أصحابنا كما ذكره فى التذكرة: حيث ادعى اجماع علمائنا على ذلك، والمحقق فى الشرايع نسبه ألى قول مشهور، وربماكان فيه اشعار بوجود مخالف منا، أو اشارة الى عدم تحقق الاجماع المدعى -

السادس: قد سرح الأصحاب (رضو ان الله عليهم) بأنه يشترط في الضامن الملاءة أو العلم باعساده والمراد انه شرط في اللزوم لا في السحة فلو ضمن ثم بان اعساده كان للمضمون له الفسخ، قالوا: لان عقد الضمان مبنى على الارتفاق، والقصد منه استيفاء الدين من الضامن، وانما يكون ذلك اذا أمكن الاداء بايساده، فاذا فات حذا المقسود ثبت للمضمون له الخياد بين الصبر على الضامن، وبين فسخ الصقد والرجوع على المضمون عنه.

وهمل الخيار هنا على الفور أم لا لمأقف فيه على كلام لهم، والاصل يقتضي

امتداده الى ان يثبت المزيل، والمراد بالملاق المشترطة في المنامن أن يكون مالكا لما يؤدى به الدين فاضلاعن المستثنيات في البيع، وانما تعتبر الملاح ابتداء لااستدامة فلو كان ملياً وقت المنمان ثم تجدد عدمها قبل الاداء لم يبطل المنمان، ولم يجز له الفسخ، لحصول الشرط حين المنمان.

ولم يحضرنى الان خبر فى المقام الا ما رواه ثقة الاسلام فى الكافى والشيخ فى التهذيب عن عيسى بن عبدالله قال احتضر عبدالله بن الحسن ورواه فى الفقيه مرسلا قال: «وروى أنه احتضر عبدالله بن الحسن فاجتمع اليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم فقال لهم: ما عندى ما اعطيكم ولكن ادضوا بمن شئتم من اخى وبنى عمى على بن الحسين أدعبدالله بن جعفر فقال الغرما : اماعبدالله بن جعفر فملى مطول، واماعلى بن الحسين، فرجل لامال له صدوق وهو أحبهما الينا، فأرسل اليه فاخبره الخبر فقال عليه السلام: أضمن لكم المال الى علة ولم تكن له علة فقال القوم: قد رضينا و بنمنه فلما أتت النامة أتاح الله عز وجل له المال فأداه ». (١)

والخبر مع ضعف سنده وعدم اسناده الى الامام (عليه السلام) لادلالة فيه على محل البحث ، وظنى أن الاصحاب لو جعلوا الشرط هنا دشا المعنمون له بالمنامن ، وقبوله له ملياً كان أو غيرملى لكان أظهر ، فان مجرد الملاءة مع حصول المطل كما تضمنه هذا الخبر لاتفيد فائدة فى ترتب الاثرعليها .

وبالجملة فان اشتراطهم رضا المضمون له كما هو المشهور بينهم بالشمان والمنامن كاف عن هذا الشرط هنا، مع أنه لادليل عليه الا ماذكروه من التعليل الذي يعصل بالرضا بالمنامن، الا أنك قد عرفت اختسلاف الاخبساد في ذلك، وأن أكثر الاخبار ظاهر في العدم. والله العالم

۱- الكافى ج ه ص ٩٧ باب قضاء الدين ح ٧ وفى التهذيب ج ٢ ص ٢١١ ح ١٢ وفى من لا يعضره الفقيه ج ٣ ص ٥٥ باب الحوالة حديث ٢ - (ولا يخفى ان فى النسخ اختلافاً جزئياً) وفى الوسائل ج ١٣ ص ١٥٧ ح ١٠

السابع - المحق المضمون اما أن يكون حالا أو مؤجلا، ثم انه اما أن يسمنه المنامن حالا أو مؤجلا، وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلا، اما أن يكون الاجل الثاني مساوياً للاول، أو أنفس أو أذيد، وعلى التقادير اما ان يكون المنمان تبرعاً، أوبسؤال المضمون عنه، فالمسود اثني عشرة، وقد سرح جملة من محققي المتأخرين ومتأخريهم بأنها كلها جايزة، للاسل، وعموم دلائل مشروعية المنمان، و تعقمق النرش المطلوب منه في الجميع، ولانه كالقناء عن المدين، وبعض هذه السود اجماعي، وبعنها محل خلاف، الاأن محل الخلاف في كلامهم غير محرد.

وظاهر كلام المحقق في الشرايع أن النمان المؤجل جائز اجماعاً، وفي المحال تردد أظهره البواذ، والمراد من الثاني الذي هو محل التردد عنده ما لوكان الدين مؤجلا فنمنه النامن حالاً.

والمتقول عن الشيخ وجماعة منع المنمان هنا، لان مبنى عقد المنمان على الارفاق، وتسهيل الامرعلى المعنمون عنه، والسمان في هذه السورة ينافى الغرش المذكور، لان الدين مؤجل والمنامن يريد أن يسمنه حالا، ويرجع به على المعنمون عنه، و وجه آخروهو أن ثبوت المال في نعة المنامن فرع ثبوته في نعة المعنمون عنه، والغرع لايكون أقوى من الاسل، (١) والقائلون بالمسحة أجابوا عن ذلك بأن المنتقل بالمنمان هو الدين، وأما الاجل فاذا أسقطه المديون وأدى المال حالا جاذ، فكذا اذا سأل المنمان كذلك، لان المنامن انما ضمن كذلك باذنه وسؤاله، فهو في معنى الاسقاط له، لكنه لايرجع على المضمون عنه الابعد تمام

١- قال في المبسوط: اذا ضمن المؤجل حالا الاقوى أنه لايصح، لانه لايجوز ان يكون القرع أقوى من الاصل، قال في المختلف: بعد نقل ذلك عنه: الوجه عندى الصحة، ولانسلم تحقق القوة هنا، فانه يجوز للمضمون عنه دفع المال معجلاكذا يجوز الضمان معجلا، فان الضمان كالقضاء اذا ثبت هذا، فاذا ضمن حالا لم يكن له الرجوع على المضمون عنه، الاجل وان أخذ منه المال حالا انتهى . منه رحمه الله

الاجل، وان أداه حالا بمقتنى المنمان، ولوكان النسامن متبرعاً بالمنمسان فأولى بعدم الاشتراط، اذ لاوجوع له على المضمون عنه فيكون في معنى ما لو أدى عنه ديمته المؤجل قبل الاجل، وهو جائز.

ومن ذلك يظهرأن الجواذ هو الاقوى وفى هذه السورة أعنى سورة الشمان حالا سورة أخرى، وهى ما اذا كان الدين حالا، وسيأتى الكلام فيها فى المقام . ان شاء الله تعالى .

وأما السورة الاولى مما نقلناه من كلام المحقق وهى قوله ان المنمان المؤجل جايز اجماعاً فهى شاملة لبعملة من السور، منها ما لوكان الدين حالا فنمنه مؤجلا، وهنه السورة مبعمع عليها، ودعواه الاجماع هنا في محله، والتعليل بالارتفاق و تسهيل الامر على المضمون عنه هنا متجه، لان الدين حال وبالمنمان صار مؤجلا، قالوا: وليس هذا تعليقا للنمان على الاجل، بل تأجيل للدين الحال في عقد لازم، (١) ومن حكم هنه السورة أن المضمون عنه لا يطالب قبل حلول الاجل.

أما من المضمون له، فلانه لاطلب له عليه، لانتقال حقه الى نمة المنامن، و أما من المنامن فلانه ليس له المطالبة حتى يؤدى ولوكان حالا فمع الاجل أولى و ليس للمضمون له أيمنا مطالبة المنامن قبل حلول الاجل عملا بمقتفى الشرط.

ومن صور تلك السورة المشار اليها ما لوكان الحق مؤجلامع قسور أجل المنمان أو مساواته وتعليل الشيخ والجماعة المانعين من ضمان المؤجل حالا يقتنى المنع من هاتين السورتين، لما عرفت من أنهم عللوا ذلك وبه صرح في المختلف وغيره أيضاً بأن المنمان ارفاق، (٢) فالاخلال به يقتنى تسويغ المطالبة للمنامن،

۱- بمعنى أنه ليس له مطالبة المضمون عنه حتى يؤدى ما ضمنه في صورة حلول الدين،
 فكيف في صورة الاجل، فهو بطريق أولى. منه رحمه الله

γ ـ أما لوكان أجل الضمان أزيد من أجل الحق، فانه داخل في الاجماع، لان الاجل الزائد يحصل فيه الارتفاق المطلوب من الضمان. منه رحمه الله

فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال، فينتفى فائدة السمان، وهذا التعليل بعينه آت في الاجل المساوى والقاس، ويقتضى أن المنامن لوكان متبرعاً لميض، لانتفاء المائع من التسلط على المضمون عنه .

والشيخ فخر الدين منع من ضمان الحال كما ذهب اليه الشيخ، الا أنه علله بعلة أخرى قال: لانه ضمان ما لم يبب، وهذا التعليل يبحرى في الاجل القاسر عن أجل الدين، كما هو شامل للحال، ومخرج للمساوى (١) وبالجملة فاطلاق كلام الشيخ ومن تبعه حيث خصوا المنع جورة ضمان المؤجل حالا يقتضى ثبوت الاجماع المدعى في صورة الضمان مؤجلا لماكان حالا أو مؤجلا بجميع أقسامه، وبالنظر الى التعليلات يدل على اختصاصه بغير الصورتين المذكورتين، وأما الضمان حالا فان كان الدين مؤجلاً فقد اتفق المانعون على منعه نصاً وتعليلا كذا قيل.

وفيه أن الشيخ فخر الدين من القائلين بهذا القول، وقد تقدم تعليله بغيرما علل به الشيخ وان كان حالا، فالشيخ فخر الدين وأتباعه جوزوه لوجوب الحق، و الشيخ وأتباعه منعوه لعدم الارتفاق. والشالعالم

الثامن: لو ضمن مؤجلا مع كون الدين حالا ثم مات قبل حلول الاجل حل الدين المذكور، وأخذ من تركته، لما تقدم من أن الميت تحل ديونه المؤجلة بموته، وهذا من جملة أفرادها، وللورثة حينتُذ مطالبة المضمون عنه، لان الدين عليه حال كما هو المفروض، ولم يحصل ما يقتضى تأجيله، والمؤجل انما هو الدين الذى في ذمة الضامن، لا الذى في ذمته، والضامن انما امتنع رجوعه عليه في حياته

^{1...} قال العلامة في المختلف: بعد ذكر ما قدمنا نقله عنده في الحاشية المقدمة من نقل كلام الشيخ في المبسوط ورده له: ما صورته وقد استخرج ولدى العزير محمد جعلت فداه وجها هنا يقوى قول الشيخ رحمه الله، وهو أن الحلول زيادة في الحق، ولهذا يختلف الاثمان به، وهذه الزيادة غيرواجبة على المديون، ولا ثابتة في ذمته، فيكون ضمان ما لم يجب فلايصح عندنا انتهى. منه رحمه الله

من حيث أنه لايرجع الا بعد دفع ما ضمنه، وحيث أنه قد مات وحل عليه الدين و أخذ من تركته زال المانع من مطالبة المضمون عنه، ويأتى مثله أيضاً في ما لو دفع المنامن المال في حياته قبل حلول الاجل بأختياره، فان له الرجوع على المضمون عنه، لمين ما ذكر.

وحذا بخلاف ما لوكان الدين مؤجلا على المضبون عنه فضمنه العنامن كذلك، فانه بحلوله عليه بعد الموت واخذه من تركته لايحل على المضبون عنه، لان الحلول عليه لايستلزم الحلول على الاخركما لايحل عليه المؤجل لو ضمنه العنامن حالا على القول بذلك .

التاسع: قد سرح الاصحاب من غير خلاف يعرف بأنه متى حسل المنسان على الوجه المعتبر شرعاً، فانه يرجع المنامن على المنسون عنه بما دفعه الى المنسون له ان ضمن باذته ولو أدى بغير اذته ، ولوضمن بغير اذته لم يرجع عليه ، وان أدى باذته ، ولوضمن بغير اذته وأدى بغير اذته فأولى بالنسان ، ولوضمن بغير اذته وأدى بغير اذته فأولى بالنسان ، ولوضمن بغير اذته وأدى بغير اذته فأولى بعدم النسان .

وظاهر المحقق الاردبيلي (قدس سره) المناقشة في هذا المقام، حيث قال: بعد ذكر عدم الرجوع مع عدم الاذن في الشمان ماصورته: وأما الرجوع مع الاذن في المنمان مع الاذن في النمان والاداء لايدل في المنمان مع الاذن في الاداء وعدمه فغيه تأمل، اذ الاذن في النمان والاداء لايدل على قبول أداء الموض، بشئ من الدلالات، والاصل عدمه، الا أن تدل قرينة حال أومقال على ذلك، كما في لزوم الاجرة على من أمر شخصاً بفعل له أجرة عادة، ولهذا قال في التذكرة: لو قال: اعط فلاناً ألفاً فغعل لم يرجع، وكذا لو قال: اعتق عبدك أو الق متاعك في البحر عند خوف الغرق وعدمه، الا أن ينضم اليه ما يدل على قبول الموض، مثل قوله عنى في الاولين، وعلى ضمانه وعوضه في الثاك، وبهذا المقداد على مراح، وهذا دليل على عدم اشتراط الصيغة الخاصة، والمقارنة وغيرهما فافهم، ولى في اللزوم مع اضمام قوله عنى أيضاً تأمل، وإن قالوه الاأن ينضم اليه قرينة، و

يعلم من التذكرة الاجماع على الرجوع مع الاذن في مجرد النمان فتأمل. انتهى أقول: ويدل على ما ذكره الاصحاب مضافاً الى الاجماع المنقول عن التذكرة ما رواه الشيخ في التهذيب عن الحسين بن خالد «قال: قلت لابي الحسن عليه السلام: جعلت فداك قول الناس المنامن غادم، قال: فقال: ليس على المنامن غرم، الغرم على من أكل المال» . (١)

وهوظاهر كماترى فى دجوع المنامن على المضمون عنه بما اغترمه للمضمون اله وأنه لاغرم عليه ، بمعنى عدم دجوعه على المضمون عنه ، ولو سح ما ذكره من عدم الرجوع للزم حسول الغرم عليه ، مع أنه (عليه السلام) قد تفاه عنه ، وجعل الغرم على من أكل المال وهو المضمون عنه ، وبالتجبر المذكور يبب الخروج عن الاصل الذى استند اليه ، والخبروان كان مطلقاً الا أنه محمول على ما اذا كان الضمان باذن المضمون عنه .

وما رواه الشيخ باسناده عن عمر بن يزيد (٢) دقال: سألت اباعبدالله (عليه السلام) عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح على بعض ما صالح عليه قال: ليس له ، الا الذى صالح عليه » ورواه الكليني عن عمر بن يزيد في المو ثق (٣) ورواه ابن ادريس في مستطر فات عليه » ورواه الكليني عن عمر بن يزيد في المو ثق (١) دقال: سألت أباعبدالله (عليه السلام) عن السرائر من كتاب عبدالله بن بكير عنه (١) دقال: سألت أباعبدالله (عليه السلام) عن رجل ضمانا ثم صالح على بعض ما ضمنه فقال قال: ليس له الا الذى صالح عليه » وهو أيضا ظاهر في الرجوع ، ومحمول على الاذن في الضمان ، ولو كان ما توهمه من عدم الرجوع حقاً لنفاه (عليه السلام) ولم يثبت له الرجوع بشيء بالكليه. وبالجملة فان كلامه هناناش عن عدم الوقوف على شيء من الاخباد المذكورة، وأما

١و٧- التهذيب ج٦ ص ٢٠٩ ح ٥٨٤ و ص ٢٠٦ ح ٤ ٠

٣ - الكاني ج ه ص ٢٥٩ ح ٧ .

٤ - التهذیب ج ۲ ص ۲۱۰ الباب ۵٪ باب الکفالات والفسانات.
 وهذه الروایات فی الوسائل ج ۱۳ ص ۱ ۱ الباب ۱ و ص ۱ ۵ الباب ۲ من کتاب الفسان.

قياسه على لزوم الاجرة فهو مع كونه قياساً لا يعجو ذا لتعويل عليه في الاحكام الشرعيد قياس مع الفادق، لانه ان كان ذلك الفعل المأمود به يرجع الى الامر بمعنى أنه أمره أن يفعله له فان دعوى عدم استحقاق الاجرة ممنوعة، وان كان لا كذلك كالامر بمى ماله في البحر و تحوه فهو ليس من محل البحث في شيء والفرق بينه وبين ما نحن فيه ظاهر، والقياس عليه فياس مع الفارق كماذكرناه. والله المالم

العاشر: لودفع المنامن للمضمون له عما في نعته عروضا بر المنامن مما عليه، وكان له الرجوع مع الاذن في المنمان بأقل الامرين من قيمة العروض وماتباع به في السوق، ومماكان في نعة المضمون عنه، لان المنامن لايستحق أكثر مما أدى، والمضمون عنه لايؤدى أكثر مما في نعته ومما أداه المنامن، فلو فرضنا أن الذى في نعته كان مأة درهم، والعروض التي دفعها المنامن كانت تساوى خمسين درهما فليس عليه الا المخمسين، وكذا لوفر ضنا أن العروض كانت تساوى مأة وعشرين فليس عليه الا المأة.

أما الاول فلان المشامن لايستحق الرجوع بأذيد مما دفعه، ولهــذا لوأبر • المشمون له لميرجع بشيء ولو ابر • عن البعض لميرجع الا بالباقي.

وأما الثانى فلان المضمون عنه لا يبجب عليه أداء أكثر مما فى نمته اتفاقاً ، وقال ابن البعنيد على ما نقل عنه فى المختلف: لوضمن ذيد لعبدالله ديناً على عمرو، فسالح ذيد عبد الله عن جملة ضمائه عن عمرو، على ما يجوز التتابع به بينهما، فان كان ذلك قبل وجوب الحكم على ذيد بالمال الذى ضمنه (١) لم يكن له الاقيمته، أو قدد ما أعطاه عبدالله يرجع به على عمرو، وان كان بعد وجوب الحكم كان له الرجوع بأصل الحق على عمرو.

وأجاب عنه العلامة فقال لنا: انه وضع للأرفاق، والرجوع بأكثرمما دفع

١- أقول: الظاهرأن مراده بوجوب الحكم على ذيد كتاية عن وقت المطالبة و وجوب الدفع عليه . منه دحمه الله

مناف له، فلايصح ثم قال: احتج بأن الثابت في ذمة الضامن قدر المال، ودفع الاقل بعد الحكم عليه، بالاكثر ابتداء عطية من المضمون له للضامن فلايسقط.

والجواب ما تقدم من منافات الضمان لذلك، فالحكمة يقتضى عدم الصحة ا انتهى أقول: والاظهر في الجواب هو ما قدمناه سابق هذا الموضع من روايتي (٢) عمر بن يزيد وعبدالله بن بكير الواردتين في الصلح وانه ليس له الاالذى صالح عليه، وهي مبنية على أنه أقل الامرين كما هو الغالب، فان الظاهر من المصالحة هو دفع ماهو أقل من الحق و تر اضي الطرفين عليه، والا فلو كان ذلك قدد الحق كان أداء للدين، ولا يحتاج الى صلح ولا تراس عليه، والرواية دالة باطلاقها على ذلك، سواء كان قبل الحكم الذى هو كناية عن المطالبة، والحكم بوجوب الدفع أو بعده، وما ذكره العلامة طاب ثراه يكون مؤيدا لذلك، والله العالم

الحاديعشر: قال الشيخ في المبسوط: اذاضمن باذنه كان له مطالبة المضمون عنه بتخليصه وان لم بطالب المضون له ، وقال أيضاً في الكتب المذكور: اذا ادعى المضامن المجنون حالة الضمان ولم يعرف له حالة الجنون كان القول قوله ، لان الاصل برائة النمة ، وكلا الحكمين محل بحث واشكال .

أما الاول فان ظاهر الاصحاب هو المنع من المطالبة في الصورة المذكورة، لانه انما يرجع عليه بعد الاداء بما يؤديه ، والحال أنه هنالم يؤد شيئًا، ولعل المضمون له يبرؤه من الدين كلا أو بعضاً فكيف يتسلط الان على المطالبة ، وأما الثاني فان ما استند اليه من أصالة البرائة معارض أيضا بأن الاصل عدم الجنون ، والاصل صحة الضمان فيعارض ما ذكره من الاصل بأحد هذين الاصلين ، ويبقى الاصل الثاني سالما عن المعارض .

الثاني عشر: ... قال الشيخ في المبسوط: اذا ضمن رجل عن رجل ألف درهم وضمن المضمون عنه اصل للضامن، وهو فرع المضمون عنه، فلا يجوز أن يصير الاصل فرعاً والفرع أصلا، وأيضاً فلافائدة فيه.

قال في المختلف بعد نقل ذلك: والوجه عندى صحة ذلك لوجود المقتضى، وانتفاء المانع، أما وجود المقتضى فلان عقد الضمان صدر من أهله في محله، وأما انتفاء المانع فليس الا الاصالة والفرعية، وذلك لا يصح للمانعية، لتحقق المال في نمة المنامن، وبرائة نمة المنمون عنه، فيكون كالاجنبي، قوله ولا فا يدة فيه، قلنا: ممنوع لجواز أن يضمن الحال مؤجلا وبالعكس انتهى.

أقول: ظاهر كلام جملة من الاصحاب جواذ التسلسل في الضمان، بأن يضمن ضامن، ثم يضمن عنه آخر، وهكذا، ويصح دوره، كما صرح به العلامة فيسقط بذلك الضمان، ويرجع الحق كماكان، ولم يتخالف في ذلك الا الشيخ كما عرفت.

ومن فروعه المترتبة عليه أنه لو وجد المضوف له الاسل الذي صاد ضامنا معسرا جاذ له الفسخ والرجوع الى النامن السابق، ومنها الاختلاف، بأن يضمن الحال مؤجلا وبالمكس، كما ذكره العلامة، وبه يندفع كلام الشيخ أنه لاقائدة فيه.

وبالجملة فانه لامخالف في الحكم المذكور الاما نقدم حكايته عن الشيخ، والعجب هنا من المحقق الاددييلي حيث ادعى الاتفاق على الحكم المذكور، مع اشتهار خلاف الشيخ، وتسريح الاصحاب به (١) والله العالم.

^{1 -} حيث انه (قدس سره) قال بعد قول المصنف وترامى الضمان ما صورته أى يصح أن يضمن ضامن شخصا ثم يضمنه آخر وهكذا ويسمى التسلسل ويكون حكم كل لاحق مع سابقه حكم الاولين والطاهر عدم الخلاف عند الاصحاب في ذلك و وجهه ظاهرما تقدم وكانهم يريدون الرد على بعض المامة والظاهر تجويز دوره أيضا عندهم بخلاف المامة . انتهى ومما ذكرنا يعلم أن الاصحاب أنما أدادوا بما ذكروه الرد على المشيخ كما عرفت، لكنه لما غفل عن خلاف الميخ ، وظن الاتفاق في الحكم حمل كلامهم على الرد في هذا المقام على الماءة . منه رحمه اقه

البحث الثاني في الحق المضمون

وفيه مسائل الأولى يشترط فى المال المضمون أن يكون ثابتاً فى النمة وان لمبكن مستقراً ، كالثمن فى مدة الخياد فيصح ضمانه ، وهـنما الضمان قد يكون للبايع القابض الثمن ، فيضمن له عن المشترى على تقدير ظهود كونه مستحقاً للغير ، أو على تقدير ظهود عيب فيه ، ليرجع بأدشه ، وقديكون ضمانه للمشترى على تقدير ظهود كون البيع مستحقاً للغير ليرجع به ، وعلى التقديرين فائما هوضمان لمهدته ، ظهود كون البيع مستحقاً للغير ليرجع به ، وعلى التقديرين فائما هوضمان لمهدته ، لا له نفسه ، والفرق بين الضمائين ظاهر من جهة اللفظ والمعنى .

أما الغرق اللفظى فانه في ضمانه نفسه، يقول ضمنت لك الثمن الذي في ذمة زيد مثلا، وفي ضمان المهدة يقول ضمنت لك عهدته أو دركه.

وأما المعنوى فانه بالنسبة الى ضمانه نفسه يغيد انتقاله الى نعة المضامن ، كما عرفت فيما تقدم ، وبرائة المضمون عنه ، وضمان المهدة ليس كذلك ، بل انما يفيد ضمان در كه على بعض التقديرات ، وفى ضمان المال ليس بلازم ، ولكن يؤل الى اللزوم كمال البعالة قبل فعل ما شرط ، ومال السبق والرماية على خلاف .

و وجه الصحة على ما ذكروه حو أن البعالة وانكانت من العقود البعايزة والمال فيها لايلزم الا بتمام العمل، فان بقى منه شىء وان قل فليس له شىء الا انه يؤل الى اللزوم بتمام العمل، وقد وجد سبب اللزوم، وهو العقد فيكون كالثمن فى مدة الخيار،

وأجيب عن ذلك بمنع وجود السبب، فانه العقد والعمل معاً لا العقد وحده، وانما هو جزء السبب، ولم يعصل به ثبوت ولا لزوم، حتى أنه لو لم يتم العمل وبقى منه شيء، فانه لايستحق شيئاً بما مضى، فيكون الباقى بمنزلة الشرط فى استحقاق الجميع، فكيف اذا كان قبل الشروع فى العمل، والفرق بينه وبين الثمن فى مدة المعترى مملوك للبايع، غايمة الامر أد

متزلزل بخلاف الجمالة ، فانها لاثبوت لها أصلاحتي يكمل الفعل كما عرفت .

نهم يمكن أن يستدل على هذا القول بظاهر قوله عز وجل (١) دولمن جاء به حمل بعيرواً تا به زعيم ، فان فيها دلالة على جواذ شمان مال البعالة قبل العمل، لانه شمنه قبل العمل، وقد استدل الفقهاء بهذه الاية على جملة من مسائل البعالة والمنمان، والظاهر أن ما نحن فيه من قبيل ذلك .

وقطع العلامة في التذكرة بعدم الجواذ قبل الشروع في العمل، لانه ضمان ما لم يجب، واستقرب الجواذ بعد الشروع، هذا بالنسبة الى الجعالة، وأما مال السبق والرماية فلا اشكال في جواذ ضمانه بعد العمل كما تقدم، وأما قبله، فانه يبني على كونه جعالة أو اجارة، وفيه خلاف سيأتي ذكره انشاء الله تعالى في موضعه، قال في المسالك: والاقوى أنه عقد لازم كيفكان فيلزم المال فيه بالعقد فيصح ضمانه.

الثانية: اختلف الاصحاب في مال الكتابة المشروطة هليصح ضمانه أم لا؟ فقيل: بالثاني، لانه ليس بلازم ولا يؤل الى اللزوم، وهو مذهب الشيخ في المبسوط، قال: لانه ليس بلازم في المحال، ولايؤل الى اللزوم لان للمكانب اسقاطه بفسخ الكتابة للمجز فلايلزم العبد في المحال ولايؤول الى اللزوم، لانه اذا أداه عتق، واذا عتق خرج عن أن يكون مكائباً، فلايتسود أن يلزمه في نمته مال الكتابة بحيث لايكون له الامتناع، ولان المنمان ائبات مال في النمة، والتزام لادائه، وهو فرع للمنمون عنه، فلايجوز أن يكون المال في الاصل غير لازم ويكون في الغرع لازما، فلهذا منمنا من صحة ضمانه.

والمشهود البعواذ، وبه صرح المحقق والعلاسة، والخلاف هنا مبنى على الخلاف في مال الكتابة المشروطة هل هو لازم أم لا ? وحيث أن مذهب الشيخ عدم لزومه من قبل العبد، لانه لو عجز نفسه رجع، وقد بنى عليه مسئلة النمان.

ومذهب الاصحاب لماكان هو القول باللزوم ثمة ، قالوا : باللزوم هنا .

١ ـ سورة يوسف الآية ٧٧

قال في المسالك: ولو تنزلنا الى الجواز فالصحة متجهة أيضاً، لان المال ثابت في نمة المكاتب بالعقد، غايته أنه غير مستقر كالثمن في مدة الخيار، فعلى هذا متى ضمنه ضامن انعتق لانه في حكم الاداء، بناء على انه تاقل، وامتنع التعجيز كما ادى المال بنفسه ... انتهى

وبالجملة فالظاهرهو المشهور لما عرفت، وموضع الخلاف كما عرفت هـو الكتابة المشروطة.

أما المستقبلة كنفقة الشهر المستقبل فلا، ووجه الفرق بين الحالين أن النفقة عوض التمكين، وهو بالنسبة الى الزمان المستقبل غير حاصل، لجواز النشوز، فالنفقة فيه غير متعلقة بالنمة، فلا يصح ضمانها، ثم ان ما علل به الضمان في الموضعين الاولين من استقراد النفقة في الذمة انما يتجه في النفقة الماضية، وأما الحاضرة فانه لااشكال عندهم في وجوبها وثبوتها في النمة مع التمكين.

لما صرحوا به من أنها تبب في كل يوم حاضر بطلوع فجره مع التمكين.

واما استقرارها ففيه اشكال، مبنى على انها لو نشزت في اثناء النهار هل يسترد منها نفقة ذلك اليوم أم لا؟ وفيه خلاف يأتي الكلام فيه انشاء الله تعالى في محله.

قالوا: أما لو ماتمت أو طلقها استقرت، وفي تنصيص نفقة الزوجة بالذكر في هذ المقام مع وجوب الانفاق على غيرها من العمودين اشارة الى عدم المنمان في نفقة غيرها، لان الفائت منها لايثبت في الذمة، كما تثبت نفقة الزوجة، بل غاية ما يلزم من الاخلال بها الاثم والمؤاخذة، لان الغرض المقصود من الامر بها البروالسلة، فتفوت بغوات وقتها، بخلاف نفقة الزوجة فانها معاوضة، وقست في مقابلة التمكين فسبيلها سبيل الدين.

وقد وقع الخلاف هنا في موضعين:

الاول _ قال الشيخ في المبسوط: يصبح ضمان النفقة الماضية و المحاضرة للزوجة دون المستقبلة، لانها تجب بالتمكين، ومتى ضمن النفقة فانما يصبح مقداد نفقة المعسر، لانها ثابتة لكل حال، وأما الزيادة عليها الى تمام نفقة الموس، فهي غير ثابتة لانها تسقط باعساده، وتبعه ابن البراج على ذلك.

وهذا الكلام غير خال من الأشكال بل الأختلال، لأنه متىكان الذى يبب قناؤه انما هو النفقة الماضية والحاضرة، والزوج يسمن بنسبة حاله، فأن كان موسراً ضمن نفقة المعسر، ولايسقط الزايد على نفقة المعسر باعساد الموسر بعد وجوبه .

ولايتم هذا الكلام الاعلى مذهب من يقول بنمان النفقة المستقبلة، كما صرح به في المختلف حيث قال: وانما يتم ذلك على مذهب القائلين بسحة ضمان النفقة المستقبلة، وقول الشيخ في المبسوط كأنه مذهب المخالف، وتفريع على تسويغ ضمان النفقة المستقبلة، وتبعه ابن البراج توهماً أن ذلك فتواه. انتهى

وما ذكره (قدس سره) جيد في حد ذأته ، الا أن تطبيق عبارة الشيخ عليه مشكل ، والحق أن كلامه (قدس سره) هنا في المبسوط لايخلو عن سهو وغفلة ، لمدم ادتياط المبارة وانتظامها .

الثاني:قال ابن ادريس: في الموضع الذي يصح ضمانها فلاتسح الا أن تكون معلومة ، لان ضمان المجهول على الصحيح من المذهب وعند المحصلين من أصحابنا لا يصح ، وهو ظاهر في عدم صحة ضمان النققة مع مجهوليتها ، وعدم معلومية قددها و كميتها ، وفيه ما يأتي تحقيقه انشاه الله تعالى في هذه المسألة .

الرابعة: اختلف الأصحاب في ضمان المجهول، والمراد به ما يمكن استعلامه بعد ذلك كما لو ضمن ما في ذمته، أما لو لم يكن الاستعلام لم بصح الضمان قولاً واحداً كما لو قال: ضمنت لك شبئاً مما لك على فلان، لعدق الشيء على القليل والكثير، واحتمال لزوم أقل ما يتناوله الشيء كالاقراد، يندفع بانه ليسهو المضمون، وان كان بعض أفراده.

وممن قال بسحة الشمان في المسألة ، الشيخ في النهاية ، وشيخناالمفيد في المقنعة ، و ابن الجنيد و سلاد و أبو السلاح و ابن ذهرة و ابن البراج في الكامل ، والمحقق والعلامة وهو القول المشهور على ما نقله في المسالك .

وممن ذهب الى العدم ، الشيخ في المبسوط و الخلاف ، وبه قال ابن البراج في المهنب وابن ادريس ·

احتج في المختلف على القول الاول قال: لنا الاسل الصحة، وعموم قوله تعالى (١) دو أنا به زعيم و أشار الى حمل البعير، و الاسل عدم تعينه، و قوله (عليه السلام) (٢) دالزعيم غارم و ما رواه عطا عن الباقر (٣) (عليه السلام)قال: قلتله: جعلت فداكان على دينا أذاذكرته فسد على ماأنا فيه: فقال (ع): سبحان الله اوما بلغك أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) كان يقول في خطبته: من ترك ضياعاً فعلى ضياعه، ومن ترك مالا قائله (١) فكفالة رسول الله فعلى دينه، ومن ترك مالا قائله (١) فكفالة رسول الله (صلى الله عليه وآله) ميتاً ككفالته حياً وكفالته حياً ككفالته ميتاً، فقال الرجل: نفست عنى جعلنى الله فداك ولو لم يكن ضمان المجهول صحيحاً لم يكن لهذا النمان حكم ولا اعتبار، اذ الباطل لا اعتبار به فامتنع من الامام (عليه السلام) الحكم بأن النبي (صلى الله عليه وآله) كافل.

ثم نقل عن الشيخة أنه احتج بأن النبى (صلى الله عليه وآله) و بهى عن الغرر ، وضمان المجهول غرد ، لانه لايدرى كم قدراً من المال عليه ، ولعدم الدليل على صحته ، ثم أجاب عنه (قدس سره) بأن الغرد انما هو فى المعاوضات التى تغنى الى التناذع ، أمامثل الاقراد والضمان وشبههما ، فلان الحكم فيها معين ، وهو الرجوع الىقول المقر فى الاقراد ، والى البينة فى الضمان، فلاغر دهنا ، والدليل قدبيناه انتهى .

١- سورة يوسف الآية ٧٧

٢ _ المستدرك ج٢ ص٢٩٤

٣- التهذيب ج٢ ص ٢١١ ح١١ - والوسائل ح١٣ ص٩٢ حه

٤ ــ قيل قوله فأكله أى أدثه ، لانه (ص) والائمة من بعده وارث من لاوارث له .

منه زحمهالله

اقول: و بدل على القول المشهود ذيادة على المذكود ما تقدم من حديث ضمان على بن العسين (١) عليهماالسلام ، لدين عبدالله بن الحسن ، وحديث ضمانه عليه السلام لدين محمد بن أسامة (٢) فاتهما ظاهران بل سريحان في عدم معلومية الدين قدده و كميته وقت الضمان ، الأأن لقائل أن يقول: ان الظاهر من كلام الما تعين من ذلك من حيث الغرد أن محل البحث و الخلاف في المسألة انما هو بالنسبة الى الضمان الذي يرجع به صاحبه على المضمون عنه ، وظاهر هذه الاخباد أعنى خبر ضمان الذي رصلى الله عليه وآله) وضمان على بن الحسين (عليهماالسلام) أنه ليس كذلك فلاتكون هذه الاخباد من محل البحث في شيء ، وهكذا الكلام في الله قانه متى خص محل البحث بما ذكر ناه ، فان الاية ليست من ذلك في شيء أيضاً ، لان الظاهر منها انما هوضمان الجعالة كما تقدمت الاشارة اليه .

وبالجملة فانه ان جعل موضع البحث الشمان بقول مطلق ، فالحق في جائب المتاقشة المشهور للاية و الاخبار المذكورة ، وان خص بماذكر ثــاه فباب المتاقشة غير مسدود لماعرفت . والله العالم .

النخاهسة: قدعرفت في سابق هنه المسئلة أن المشهود صحة ضمان المجهول، الأن القائلين بذلك اختلفوا في ما يرجع اليه في بيان ذلك المجهول وتعيين قدده، فقيل بالرجوع في ذلك الى البينة، بأنه كان ثابتا في نمته وقت الضمان، لاما يوجد في كتاب، ولاما يقربه المضمون عنه ولاما يتحلف عليه المضمون له برد اليمين عليه من المضمون عنه، فلولم يكن ثابتاً وقت الضمان بأن تجدد بعده، فانه لا يصح لانه ضمان مالم ببجب، والشهادة به لا تفيد فائدة - ولا عبرة أيضاً بما يوجد في دفتر أو كتاب لعدم الثبوت في ذمته بذلك، وانما يلزم ضمان الثابت، ولاما يقربه المضمون عنه، لان اقراده انما ينعقد على تفسه لا على غيره ولا يحلف عليه المضمون له برد اليمين عليه من المضمون عنه، فلا يلزم ما ثبت لا المضمون عنه، فلا يلزم ما ثبت

⁽١) الوسائل ج١٦ ص١٥١ وص ١٥٣ الباب ٣وه من أبواب الضمان

⁽٢) وقد تقدم حديث محمدين أسامة في الموضع الثاني من البحث الاول ، واما حديث عبدالله بن الحسن فقد تقدم في الموضع السادس من البحث المذكور منه رحمه الله

بمناذعة غيره ، كمالايشت بما يقربه .

نعم لو كان حلف المضمون لهبرد اليمين عليه من النامن ، فان كان النزاع بينه وبين النامن ثبت على النامن ما حلف عليه المضمون له وقيل : بلزوم ما يقربه الغريم أيضاً ، و نقل عن أبي السلاح وابن حمزة ، وفيه ما عرف آنفاً من ان اقرار المقر انعا ينعقد على نفسه لاعلى غيره (١) .

نعم لو كان الاقراد سابقاً على المنمان فانه يلزم المنامن ما أوجبه الاقراد، كماسرح في المختلف، وقيل: بلزوم ما يحلف عليه المضمون له مطلقا (۲) وهو منقول عن الشيخ المفيد، قال (قدس سره) على ما نقله عنه في المختلف: ضمان المجهول لازم، كضمان المعلوم حتى يخرج منه بحسب ما تقوم به البينة للمضمون عنه، أو يحلف عليه، وتفسير هذا أن يقول: لانسان قد لازم عليه على حق له عنده خلسبيله، وأنا ضامن لحقك عليه كائناً ما كان، قان أقام المضمون له البينة على مقداد الحق خرج له المنامن ، ولا يقبل دعواه بغير بينة، الاأن يحلف على ما يدعيه، ولا يجوزأن يضمن انسان عن غيره ما يدعيه كائناً ما كان، ولا ما يقتر حه من الحقوق، ولاما يخرج صاب في كتاب لا حجة فيه الاأن يتعين المضمون، أو يقوم به حجة على ماذكر

وهوظاهر في الزام الضامن ما يتحلف عليه المضمون له وهو قول الشيخ أيضاً الا أنه قيده برضا الضامن بالتحلف، وحينتُذ فيكون هذا قولا رابعاً في المسألة،

و شيخنا الشهيد الثاني في المسالك احتمل أن المراد بالرضا هنا الرد من الضامن بأن حلف المضمون له برد اليمين عليه من الضامن كما هوأحد فردى الاطلاق في عبارة الشيخ المفيد ، و قد عرفت آنفاً أنه في هذه الصورة يلزم الضمان ويجب عليه الاداء .

[\] _ واما اذا كــان حلقه انما هو لدفع المضمون عنه و اثباته الدعوى عليه باليمين المردودة من قبل المضمون عنه فلايلزم منهما ثبوت ذلك على الضامن والدعوى الان انماهو معه كمالايخفى . منه رحمهالة

٧ - اى أعم من ان يكون رد اليمين عليه من الضامن أوالمضمون عنه منه رحمهالله

وانما الاشكال في صورة رد المضمون عنه ، وحينتُذ بنا على هذا الاحتمال يرجع الى قول المفيد ، ويكون تخصيصاً له بهذه الصورة ، وهوجيد ، الاانهباعتبار حمل الرضا على الرد لايخلو من بعد ، لان الرد أعم من ذلك كماعرف .

والعلامة في المختلف فرع ذلك على أن يمين المدعى هل هي كالبينة ، أو كالاقراد ؟ قال : و التحقيق أن يقول : ان جعلنا يمين المدعى كالبينة كان لـه الرجوع على النامن ، سواء رضى بيمينه أم لا ، وان جعلناها كالاقراد افتقر الى رضا النامن اذا ضمن المجهول .

وبالجملة فالقدر المتيقن من ذلك هو القول الاول وهوالحكم بالبينة وكنا مع رد اليمين من الضامن وحلف المضمون عليه وماعدا ذلك محل توقف واشكال والعجب هنامن المحقق الاردبيلي (قدس سره) حيث قال: ولايلز مهمايقر به المضمون عنه و لامايثبت عليه برد اليمين ، لان الاقراد والحلف لايؤثر في ثبوت حق على الغير وهوظاهر ، وكانه مجمع عليه انتهى .

و توهم الاجماع على الانحصاد في البيئة مع وجود الخلاف كما عرفت ، وانتشاده في كتب الاصحاب كالمسالك والمختلف وغير هماعجيب منه (قدس سره) ولوضمن ما يشهد به عليه لم يصح الا ان يكون ثابتا في ذمته وقت الضمان فانه لامانع من صحة ضمانه ، وأما ما تجدد بعد ذلك فلا ، لانه ضمان مالم يبجب ، ومن شرط صحة الضمان تعلقه بالدين الثابت في الذمة وقت الضمان ، وحينتذ فضمانه لما يشهد بهعليه شامل لما كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان وما كان متجددا ، والاول صحيح دون الثاني وبذلك يظهر ان اطلاق بعض العبادات بانه لا يصح أن يضمن ما يشهد به عليه لا نه لا يعلم بثبوته في الذمة وقت الضمان _ ليس في محله .

السادسة قد صرح اكثر الاصحاب بجواز ضمان الاعيان المضمونة التي يبجب على منهى في يده ردها ، ولو تلفت رد قيمتها كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد، والمعارية المضمونة كاحدالنقدين المشروط قال في التذكرة: يجوز ضمان أعيانها فاته مال مضمون على المضمون عنه فجاز الضمان عنه ، ولو ضمن فيمتها لو تلفت فالأقوى عندى الصحة ، لأن ذلك ثابت في ذمة القابض انتهى .

وتردد المحقق في الشرايع ثم قال: الاشبه الجواذ .

أقول: شمان هذه الاعيان اما أن يكون بمعنى تكليف الضامن برد أعيانها على مالكها، أو بمعنى ضمان قيمتها لو تلفت عند الفاصب، و المستام و نحوهما، أوالاعم منهما، وفي صحة الكل اشكال، لعدم الدليل على ماذكروه من الجواذ، والاصل عدمه.

و ما استدلوا به _ من أن منشأه وجود سبب الضمان للعين ، و القيمة وهو القبض على الكيفية المخصوصة ، فيصح ، أما الاول فلانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه ، وأما الثانى فلثبوت القيمة في ذمة الغاصب ونحو لوتلفت _ منظور فيه بأن الثابت في الاول انماهو وجوب الرد ، وهوليس بمال ، والثاني ليسبو اقع ، فهوضمان مالم ببجب وان وجد سببه ، لان القيمة لا تبجب الابالتلف ولم يحصل .

و منه يظهر أن الاظهر عدم البعواذ وهو اختياد شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك لما ذكر تاه وزاد ايضاً فى القسم الاول فساداً من وجه آخر ، و هو ان من خواص السمان كما قدعرفت انتقال الحق الى نمة الضامن ، وبراءة المضمون عنه ، وهنا ليس كذلك ، لان الفاصب مخاطب بالرد و مكلف به اجماعاً ، و انما يفيد هذا الضمان ضهنمة الى نمة ، وليس من أصولنا .

ومرجعه الى ماقدمناه من أن الحق الواجب على من بيده المال انماهو الرد الى صاحبه . وهو لاينتقل ، كماهو الحكم الجارى فى الضمان ، بل يجب على من هو في يده ردّه ، ولا يخاطب به غيره .

وأما ماذكره المحقق الاردبيلي (قدس سره) حيث قال: و يحتمل الثبوت لحدق الضمان عرفاً مع ثبوت شرعيته مطلقا، وليس بمعلوم كون ماذكر من لواذمه أوشر ائطه . نعم غالبا انمايكون كذلك، ولهذا قال في التذكرة: ضمان المالعندنا ناقل، وفي ضمان الاعيان المضمونة و العهدة اشكال، أقرب عندى جواز مطالبة كل من الضامن و المضمون عنه الى آخره، بعد ان اختار جواز ضمان الاعيان المضمونة و كانه لذلك تردد البعض واستشكل فتأمل . انتهى

فغيه نظر لان الرجوع الى صدق الضمان عرفاً ممنوع ، اذ لامدخل للعرف

هنا مع وجود النهى الشرعى وثبوته نصاً وفتوى ، ودعوى ثبوت شرعيته مطلقاً معنوع ايضاً فانه محل البحث ومطرح النزاع ، فان الخصم يعنع من ثبوت شرعيته على الوجه المذكور .

وقوله _ انه ليس بمعلوم كون ماذكر من لواذمه او شرايطه ، مشيراً بذلك الى ما احتج به النصم من أن مقتضى النمان الانتقال الى نعة النامن ، وبرائم المضمون عنه _ فيه أنه قد تقدم فى الموضع الخامس من البحث الاول مايدل على أن الحكم اتفاقى نصا وفتوى ، ودعوى كونه غالباً دون أن يكون كلياً ممنوعة . نعم هذا الحكم انما ورد فى المواضع التى قام الدليل على صحة النمان فيها ، وأما ماذكر هنا من ضمان الاعيان فانا لم نقف فى الاخبار مايدل عليه ، وانما جوزه من جوزه بما عرفت من ذلك الوجه الاعتبارى الذى تقدم ذكره مع انتقاضه بما عرفت أيضاً ، وكلاميه فى التذكرة الذى استند اليه هنا لايسمن ولايغنى من جوع فانه يرد عليه جميع ماذكر نا .

وبالجملة فانه لما لم يقم هنا على الضمان كما ادعوه دليل واضح ، فالمانع مستظهر ، والاسل العدم ، ودعوى عموم أدلة الضمان لذلك ممنوع لما عرفت ، ثم انه بناء على المشهور من الحكم بجواذ ضمان الاعيان المضمونه نفوا الجواذ عن الاعيان الغير المضمونة كالوديعة والعارية الغير المضمونة ومال المضاربة وما في يد الوكيل وأمين الحاكم والوصى فانه لايصح ضمانها ، وقد ادعى في التذكرة الاجماع على ذلك ، وجعلوا الفرق بينها وبين ماسبق باعتبار الضمان ، وعدمه ، فحيث كانت تلك الاعيان مضمونة على من هي في يده ، لان يده يدعارية صح جواذ الضمان فيها ، بخلاف هذه حيث أنه لاضمان عليه ، وان فرض ضمانه لها على تقدير التعدى والتفريط ، الا أن السبب الان ليس بواقع .

نعم لوكان قدتعدى فيها وصادت عضمو نة عليه جاذ الضمان ، وصادت عن جواذ أفراد تلك المسألة ، لوجود السبب وهو كونها مضمونة ، والبحث فيها عن جواذ ضمان الاعيان المضمونة أعم من أن يكون ضمانها بالاصل أو العادض ، وأنت خبير بما في هذا الفرق الذى بنوا عليه ، لما عرفت من أن مجرد كونها مضمونة على من

هى بيده لاتصلح سبباً لجواز ضمانها ، لاختلال شروط الضمان كما عرفت ، والعمدة فى تبوت الاحكام على النصوص الشرعية وحيث لم يرد فيها نص فاتبات الحكم والاعتماد على مثل هذه التعليلات مجازفة سيما مع ما عرفت من انتقاضها وعدم تمامها ، والله العالم .

البحث الثالث في اللواحق

وفيه أيضاً مسائل ، الاولى ... الظاهر انه لاخلاف بين الاصحاب و رضوانالله عليهم » في جواذ ضمان المهدة ، وهو أن يضمن عهدة الثمن للمشترى عن البائع اذا كان قد قبضه البايع في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من أصله ، بأن يكون مستحقاً لفير البايع ، ولم يجز المالك البيع على تقدير صحة بيع الفضولي أو أجازه ولم يرض بقبض الثمن ومثله ما لو تبين خلل في البيع اقتضى فساده كتخلف شرط فيه أواقتر انه بشرط فاسد على القول بكون ذلك مبطلالاصل المقد ، وملخصه اشتغال النمة بالمضمون على أحد هذه الوجوه وقت الضمان ، فان ضمان الثمن للمشترى يسح في جميع ذلك و كما يصح ضمان المهدة عن البايع للمشترى ، يصح للبايع أيضاً عن المشترى ، بأن يخرج الثمن مستحقالفيره و نحوه ، وأن يكون معيباً يستحق الارش به و ظاهر جملة منهم أن دليل هذا النوع من الضمان انما هو الاجماع أو الفرودة فانه لولم يجز مثله للزم تعطيل بعض المعاملات ، فان كثيراً ما يحتاج الانسان الى المعاملات معن الثمن ، الى أن قال : لاطباق الناس عليه في جميع الاعصاد، ولان البايع قد قبض الثمن ، الى أن قال : لاطباق الناس عليه في جميع الاعصاد، ولان الحاجة تمس الي معاملة من لا يعرف و لا يو ثق بيده وملكه و يخاف عدم الظفر به لو خرج مستحقاً النير .

أقول: وكأنه لذلك: قال به من قال: بعدم جواز ضمان الاعيان، قال في المسالك: وفي الحقيقة هذا فرد من أفراد الاعيان المضمونة على تقدير كونه موجوداً حالة الضمان، وقدتقدم ما في ضمان الاعيان والمصنف هنا انماد تبالحكم على مذهبه هناك، أو أن هذا الفرد خارج من البين، لمكان الضرورة: فان ظاهرهم

الاطباق على جوازه انتهي .

وأنت خبير بمافى تعليلاتهم فى هذاالمقام من عدمالسلوح لتأسيس الاحكام، ولوتم الرجوع الى مثل هذه التعليلات العليلة فى تأسيس الاحكام الشرعية لاتسع المبجال، وكثر النبط فى شريعة ذى البجلال، مع استفاضة الاخبادعن الآل بالمنع عن الفتوى الا بما يعلم عنهم (صلوات الله عليهم) والامر بالرد اليهم فيمالم يرد فيه نسى عنهم، والامر بالسكوت عما سكت الله عنه ونحوذلك كما لا يخفى على من تتبع الاخبار، وجاس خلال تلك الدياد.

نعم لا يبعد فيما ذكروه في ضمان الثمن بعد التصرف فيه ورجوعه الى الذمة ، فانه يصير حينتذ من قبيل ضمان مافي الذمة لاضمان الاعيان ، وهومما لاخلاف فيه ، فانه متى كان ثابتا في ذمة المضمون عنه وضمنه الضامن والحال هذه فانه لااشكال في صحته .

وقال المحقق الاردبيلي (قدس سره) ولااستبعاد في ضمان الاعيان بمعنى جواذ طلب العين ممن في يده و الضامن مخير في وجوب رد العين عليهما ، و عوضها بعد التلف بعد الضمان ، بل لا يبعد كونه ناقلا أيضاً بمعنى وجوب الرد ، فيطلب العين عن المنامن فيأ خذها من المضمون عنه ويردها الى أهلها ان ثبت النقل بالدليل مطلقاً والا يكون النقل مخصوصاً فيما يمكن من الاموال التي في الذمة .

قال في التذكرة ضمان المال عندنا ناقل للمال من نعة المديون الى نعة المنامن على ما يأتى ، و في ضمان الاعيان المضبونة و العهدة اشكال ، أقربه عندى جواز مطالبة كل من المنامن والمضمون عنه ، أما المنامن فللمنمان ، وأما المضبون عنه فلوجود العين في يدم أوتلفها فيه ، وفي العهدة ان شاء المشترى طالب البايع وان شاء طالب المنامن ، لان القصد هنا بالضمان التوثق لاغير انتهى .

ولا يتخفى عليكما فى هذا الكلام فانه مجرد دعوى وعادية عن الدليل ، والبحث فى صحة المنمان فى هذا المقام واثباته بالدليل الظاهر ليمكن بناء ماذكر وه من هذه الاحكام عليه ، وان كان بنوع من التجوز فى بعض الموادد ، ومتى كان ذلك غير ثابت ولاصحيح .

فيحميع هذا الكلام نفخ في غير ضرام ، وتفسير المنمان بمعنى طلب المين ممن في يده كما ذكره في صدر كلامه مجاز بعيد ، لايصاراليه الابدليل، والافمعنى المنمان شرعاً هو انتقال الحقالي نعة المنامن ، وتفسير النقل بماذكره من وجوب الرد أبعد ، وقوله والايكون النقل مخصوصاً بما في الذمة فيه ما تقدمت الاشارة اليه من أنه انما اختص بما في الذمة ، لكونه هومورد الضمان شرعاً .

وأما غيره مما ذكروه فى ضمان العين المضمونة والعهدة الراجع اليه أيضاً فليس من المضمان فـى شىء لعدم الدليل عليه ، فلم يترتب عليه الحكم المذكور وتكلف ترتيبه عليه جذه التجوذات السخيفة فرع بثوته أولا، وليس فليس .

وبما ذكر تا يظهر لك ان ضمان المهدةان تعلق بالعين الموجودة فهوداخل تحت ضمان الاعياب المضمونة وان كان ظاهرهم هنا الاتفاق عليه للضرورة كما ادعوم بخلافه ثمة لما تقدم من الخلاف في تلك المسئلة وان تعلق بالثمن بعد تلفه واستقراره في الذمة فهودا خل في ضمان الديون التي في الذمة ، ولااشكال في السحة.

تنبيهات الاول

قال في التذكرة المناط في شمان المهدة أن يقول النامن للمشترى : ضمنت لك عهدته أوثمنه أودركه أو خلصتك ، والظاهر أن مرادممن ذكر هذه الالفاظ مبعرد التمثيل ، بمعنى أن كل لفظ يفهم منه ذلك كهذه الالفاظ وتحوها ، فانه ، يقع به المنمان ، ويصح ذلك للبايع أوالمشترى ، ومحل النمان المذكور كلموضع يظهر فيه بطلان العقد ، كما تقدم .

الثانى - قد عرفت مما تقدم أن من شروط صحة ضمان العهدة اشتغال الذمة بالمضمون على أحد الوجوه السابقة ، وحينتُذ فالمعتبر في ضمان المهدة وجدود الضمان حالته ، فلاعبرة بالتبعد بعد ذلك كالفسخ بالتقابل ، وتلف المبيع قبل القبض ، والفسخ بخياد الحيوان ، وخياد المبعلس وضعوها فانه حالة الضمان ليس بفاسد ، ولم يحصل الاستقراد في الذمة الذي هو شرط في الضمان ، فلم يكن مضموناً فضمانه على هذا التقدير يكون من قبيل ضمان مالم بجب وحينتُذ فلا يدخل هذا في ضمان المهدة ، ومثله أيضاً لوفسخ المشترى بعيب سابق قاته لا يدخل ذلك في ضمان المهدة

فلايلزم الضامن الثمن على تقدير الفسخ بالعيب بل يرجع به المشترى على البايع، ويطالبه به ، لان الفسخ بالعيب انماأبطل العقد من حينه ، لامن أصله كما في ضمان المهدة الذى تقدم تحقيقه فلم يكن حالة الضمان وهو وقت البيع مضبونا .

حتى أنه لوصرح بسمانه فى ذلك الوقت فسد (١) لانه ضمان مالم يبجب، و الذمة انما اشتغلت به بعد الفسخ، والشرط الذى يبنى عليه السمان كما تقدم هو ضمانه حال اشتغال الذمة به، فوقت السمان الذمة غير مشغولة، ووقت الاشتغال متأجر لم يقع فيه ضمان، فلم يصادف الضمان معله، ولايؤثر هنا تقدم سببالفسخ، وهوالعيب الموجود حال البيع، لانك قد عرفت أن المداد على اشتغال الذمة وقت الضمان، و هو غير حاصل، و مجرد تقدم السبب مع أنه قد يرضى به المشترى ولا يقسخ العقد غير موجب لسحة الضمان لما عرفت.

الثالث قد اشتهر في كلام الفقها تسمية هذا الضمان بضمان المهدة، وضمان الددك، وقد سرح العلامة في التحرير وغيره في غيره بأن العهدة، في الاسل اسم للوثيقه، أو الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع، ويذكر فيه مقداد الثمن وأحواله من وصف وحلول وتأجيل، ثم نقل الى نفس الثمن، وغلب فيه.

وقال في التذكرة: سمى ضمان العهدة لالتزام الضامن مافي عهدة البايع ودمه لما ذكره في السحاح ، فقال: يقال في الامر: عهدة بالضم: أي لم يحكم بعد وفي عقله عهدة أي ضعف ، فكان الضامن ضمن ضعف العقد، والتزم ما يحتاج اليه فيه من عزم ، أوأن الضامن من التزم وجعة المشترى عليه عند الحاجة . انتهى .

وأما تسمية ضمان الدرك فقال في التذكرة ايضاً : وأما الدرك فقال في الصحاح الدرك التبعة ، وقيل: سمى ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند ادر الثالمستحق عين ماله.

وقال في المسالك : وقيل : يسمى ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند ادراك الشخص عين ماله .

أقول: قال في القاموس الدرك ويسكن: التبعة ، و في الصحاح ، الدرك:

(١) فيه اشارة المي الرد على مـن قـال بدخول هذا الفرد في الاطلاق وصحة ضمانه وأنه من جملة ضمان العهدة لتقدم سبب الفسخ وفيه ما عرفت في الاصل. منه رحمه الله : التبعة ، و قال في كتاب المصباح المنير بعد أن قال : أدر كته اذا طلبته فلحقته ، والدرك بفتحتين وسكون الراء لغة منأدر كت الشيء ، ومنه شمان الدرك انتهى.

الرابع ـ قد عرفت أنه لوفسخ المشترى بعيب سابق فانه لايدخل ذلك في ضمان المهدة ، ولايلزم النامن الثمن لعدم اشتغال ذمة المضمون عنه وقت العقد بالثمن ، وانما حصل ذلك بعد الفسخ .

وانما يبقى الاشكال (١) (فيما لوطالب المشترى بالارش ، فهل يرجع بـه على المنامن متى ضمئه لان استحقاقه ثابت وقت العقد ، وهـومناط الفرق بين الثمن والارش ، فيدخل الارش فـى ضمان العهدة ، دون الثمن على تقدير الفسخ بالعيب ، فان الثمن انما يجب بالفسخ اللاحق المتاخر عن الضمان .

وأما الارش فانه جزء من الثمن ثابت به وقت الضمان ، فيندرج في ضمان المهدة غاية الامر انه مجهول القدد ، وقد تقدم صحة ضمان المجهول على التفصيل المتقدم ، والحكم هنا مبنى على ماثبت هناك ، أم لايرجع نظراً الى أن الاستحقاق للارش انما جعل بعد العلم بالعيب ، واختيار أخذ الارش ، والموجود حالة العقد من العيبما كان يلزمه بغير الارش ، بل اللازم التخيير بينه وبين الرد ، فلم يتعين الرد الا بالاختياد .

و ملخص الاشكال المذكور يرجع الى أن الارش هل هو ثابت بالعقد ، وانما يزول بالفسخ ، والرجوع الى الثمن أوأن سببه وان كان حاصلا ، فانه لايثبت الا باختياده ، و لعل الاول أقرب ، بناء على هذه التعليلات ، نظراً الى أن الارش كان واجباً بالاصل ، لانه عوض جزء فايت من مال المعاوضة ، و يكفى فى ثبوته بقاء المشترى على الشراء وانما ينتقل الى الثمن بادتفاق آخر حيث لم يسلم له المبيع تاما ، والله العالم .

المسألة الثانية _ قالوا: إذا خرج المبيع مستحقاً رجع على الضامن ، أما

⁽۱) وفيه اشارة الى أنه لوكان الضمان انما هو بعهدة الثمن فانه لايشمل الارش ، الا أن يكون ذلك معلوماً ومقصوداً منهما ، ويبكن أن يكون هذا وجه الرد والاشكال ، وأما اذا ضمن الارش وخرج به ، فانه لا اشكال في صحة الضمان لماذكر ناه في الاصل ، وظاهرهم أنميط الخلاف انما هو اذا ضمن الثمن خاصة ، وكلام الاكثر خال من التخصيص بالثمن .منه رحمه الله ،

لو خرج بعضه فانه يرجع على الخامن بما قابل المستحق ، وكان في الباقي بالخيار، فان فسخ رجع بما قابله على البايع خاصة .

أقول: أما الكلام فيما اذا خرج الجميع مستحقاً فظاهر ، وأما فيما لو خرج بعضه مستحقاً قائه يطالب المنامن بحصته من الثمن ، و ذلك قان ثمن ذلك البعض حيث أن البايع باعه ، وهو لا يستحقه بقى فى نمة البايع وقت البيع ، فسع ضمانه .

ولوقلنا بسحة بيع الفنولى توقف على اجازة المالك لذلك البعض، فان أجازه صح، وان لم يبجز فالحكم كما ذكر، ثم ان المشترى يتخير بين الفسخ لتبعيض الصفقة، وبين الرضا على الوجه المذكور، فان فسخ فى الباقى دجع بثمنه على البايع خاصة على المشهور، لعدم تناول الضمان له، فان ثبوت ثمن هذا الباقى انما حصل بعد الفسخ، لاحال الضمان، ومن شرط الضمان كما تقدم اشتقال الذمة بالمضمون حال الضمان.

ونقل عن الشيخ الخلاف هنا ، والقول بجواذ الرجوع على المنامن للجميع قال في المختلف: اذا خرج بعض المبيع مستحقاً دجم المشترى على المنامن للعهدة بما قابل المستحق من الثمن ، فان فسخ البيع لتبعيض الصفقة ، قال الشيخ: دجم بما قابل الباقى أيضاً على المنامن ان شاء ، وليس بجيد ، لنا انه حصل بسبب متأخر وهو الفسخ المتجدد بعد البيع ، فلا يرجع به على المنامن لعدم دخوله في ضمائه ، لانه لم يجب وقت الضمان ، احتج الشيخ: بأن السبب فيه الاستحقاق الذى حصل في بعضه ، والجواب المنع ، بل السبب الفسخ ، انتهى .

أقول: قد تغدم في مسألة الرجوع بالارش بسبب العيب ان الاشهر الاظهر الرجوع به على المنامن ، لو جود سبب الاستحقاق وقت المنمان ، فانه ضمنه ، والمبيع معيب يستحق للمشترى فيه الارش ، لانه عوض من ذلك الجزء الفائت من المبيع وما تحن فيه كذلك كما ذكره الشيخ ، فان تبعيض الصفقة الذى هو سبب الفسخ الناشىء من استحقاق بعض المبيع كان متحققاً وقت المبيع ، والقائل بعدم جواذ الناشىء من استحقاق بعض المبيع كان متحققاً وقت المبيع ، والقائل بعدم جواذ الناشىء من المخلة بيان الفرق بين الموضعين ، فانهما من باب واحد لا يعرف بينهما فرق ، ويذلك يظهر أن المسألة لا تخلو من الاشكال ، والله العالم .

المسألة الثالثة _ قالوا لوضمن ضامن للمشترى درك ما يحدث من بناء أوغرى لم يصح ، لانه ضمان مالم يجب ، و المراد أنه حيث كان للمشترى التصرف فيما يشتريه بالبناء والغرس وضو ذلك ، فلو خاف ظهور كون المبيع مستحقاً ويذهب ما يغرسه فيه ويبنيه مجاناً فضمن له ضامن أنه ان ظهر كونه مستحقاً وقلع المالك الغرس وهدم البناء فهو ضامن لدرك ذلك ، هل يصح هذا الضمان أم لا؟ الوجه أنه لا يصح ، لانه ضمان مالم يجب ، لانه حين الضمان لم يكن مستحقاً للارش على البايع، وخراب البناء ، المتأخرين عن وقت الضمان .

والمراد بالدرك الذى ضمنه الضامن هو الارش الذى يلزم للمشترى فى مثل هنه السورة ، وهو تفاوت مابين قيمة تلك الاشجاد ، والبناء مثبتة ومقلوعة ، وبأتى على ما تقدم من صحة الضمان مع تقدم سبب الاستحقاق صحة الضمان هنا ، لانه وان كان الارش غير مستحق الابعد القلع وهو الذى بنى عليه عدم الضمان كماعرفت ، الا أن سببه كان موجوداً وقت المضمان ، و هو كون الارض مستحقة للغير ، فينبغى جريان الاحتمال السابق فيما نحن فيه ، وحيث انه قد تقرر وعلم أنه اذا ظهرت الارض مستحقة وقد بنى المشترى فيها او غرس ، فأذال المالك ماأحدثه فان له الرجوع على البايع بالارش كما تقدم ، فلو ضمن البايع والحال هذه درك ذلك .

فهل بصحالضمان ، قيل : نعم ، لانه لازم بنفس العقد ، وكأنه أريد انه لازم بالعقد ضمن أم لم يضمن ، فضمانه يصير مؤكداً .

وأورد عليه بأنه لايلزم من ضمانه لكونه بايعاً مسلطاً له على الانتفاع مجاناً ضمانه ، لعقد الضمان ، مع عدم شرائطه التي من جملتها كونه ثابتا حال الضمان، فعدم الصحة أولى .

و بذلك يظهر أنه ليس الخلاف في ثبوته على البايسم أم لافائه ثابت عليه بغير اشكال كما تقدم ، بل الخلاف انما هو في ثبوته بسبب الضمان _ وان كان ثابتاً بدونه ، بمعنى أن كلا منهما سبب عليحدة ، ويظهر الفائدة فيما لوأسقطالمسترى عن البايع حق الرجوع بسبب البيع ، فانه يبقى له الرجوع بسبب الضمان لوقلنا بمحته كما لوكان له خيادان فأسقط أحدهما فان له الفسخ بالاخر ان شاء ، والله العالم .

المسألة الرابعة ... اذا اختلف الضامن والمضمون له في قبض مسال الضمان وادعى الضامن دفعه مع كون ضمانه باذن المضمون عنه ، وانكر المضمون له ذلك فان مقتضى القاعدة أن القول قول المضمون له بيمينه ، لانه منكر ، والاصل عدم الدفع فهاهنا أحوال :

الاولى _ هذه الحال ومقتضاها أنه ليس للضامن وجوع على المضمون عنه بشى الآنه انما يرجع على المضمون عنه بشى الآنه انما يرجع عليه بماغرمه ، وهنالم: يتحقق غرمه ، واستحقاق الرجوع مشروط به وعلى هذا فلا فسرق بين أن يكون ضمانه بالاذن وعسمه ، وانسا قيدنا بالاذن أولاً ليترتب الاحكام الاتية عليه ، اذ لاتهمة مع التبرع _ و لارجوع .

الثانية _ أن يشهد المضمون عنه للضامن بأنه دفعه ، بشرطعدالته وعدم تطرق التهمة اليه ، فانه تثبت شهادته على القول بدفعه ، والوجه فيه أن شهادته بذلك متضمنة للشهادة على نفسه ، حيث انه لما كان الضمان باذنه موجباً لرجوع الضامن عليه فشهادته بالأداء شهادة على نفسه ، وشهادة لغيره فتسمع ، الاأن يتطرق اليها التهمة .

وقد فرضوا للتهمة صوراً ، منها _ أن يكون الضامن قد صالح على أقـل من الحق ، فيكون رجوعه انما هو بذلك الاقل ، فشهادة المضمون عنه له بذلك تجـر الى نفسه نفعا ، فان ذلك اذا لم تثبت يبقى مجموع الحق فى نمته للضامن .

ورد ذلك بأنه يكفى في سقوط الزايد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك ولاحاجة الى التبوت بالبينة كما سيأتي ، وعلى هذا تندفع التهمة فتقبل الشهادة.

قالوا: ومنها أيضاً أن يكون الضامن معسراً ثم يعلم المضمون له باعساده، فان له الفسخ حيث لاتثبت الاداء، و يرجم المضمون له على المضمون عنه، فيدفع بشهادته عود الحق الى ذمته.

ومنها أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر بالفلس، والمضمون عنهعليه دين، فانه يوفر بشهادته مال الضمان، فيزداد ما يضرب به .

الثالثة - أن لا يكون شهادة المضمون عنه مقبولة لاحد الوجهين المتقدمين، فيحلف المضمون له ، فانه متى حلف كان لـ ه مطالبة الضامن ، و يرجع الضامن على المضمون عنه بما ادعا أنه اداه أو لا ، لاعترافه بأنه لا يستحق سواه ، وأن ما أخذ

منه بعد اليمين انما هـو ظلم و عددان ، مــع موافقة المضمون عنه له على ذلك ، وينبغى أن يعلم أن رجوعه بمادفعه اولامقيد بأن يكون مساويا للحق أوأقل منه ، و الارجم بأقل الامرين لانه لايستحق الرجوع بأذيد من الحق .

الرابعة - لو لم يشهد المضمون عنه قالوا: يرجع الضامن بما اداه اخيراً ، لانه لم يثبت ظاهراً أداء سواه ، هذا اذا لم يزد على ما ادعاه اولا ولا على الحق ، والارجع بالاقل من الثلاثة ، لان الاقل ان كان هو ما غرمه اولا فلز عمه أنه لا يستحق سواه ، فان الثانى ظلم ، وان كان الاقل ما غرمه ثانياً ، فلائه لم يثبت ظاهراً سواه ، وان كان الاقل من المدفوع والحق ، هذا .

اقول: وعندى فى الفرق بين هذه الصورة وسابقتها تأمل. حيث حكم فسى هذه بالرجوع بماأداه أخيراً لماذكروافى سابقتها بما أداه اولاً لما تقدم، مع امكان اجراءكل من العلتين بل فيكل من الموضعين.

وبالجملة فالغرض من التطويل بهذه ألاحكام مع عدم النصوص فيها من أهل الذكر (عليهم السلام) تشحيذ الاذهان و الافهام، والاطلاع على تفريعاتهم في كل مقام، مع أن جملة منهالا يمكن استنباطه من القواعدالشرعية، والنوابط المرعية، والعمل على الاحتياط، في كل حكم خلامن النصوص. والله العالم.

المسألة الخامسة: اذا كان له على رجلين مال ، فنمن كل منهما ساحبه ، فانه لااشكال في صحة هذا النمان من استكمال شرائطه المتقدمة ، و على هذا يتحول ماكان على كل واحد منهما الى ساحبه ، وحينتُذ فان تساوى المالان وكان منمان كل واحد بسؤال الاخر و لم يتغير وصف الدين بالحلول والتأجيل ، فقائدة هذا النمان تعاكسهما في الاصالة والفرعية .

و مما يترب على ذلك ، مالوأبر المنمون له أحدهما ، فانه يبر الاخر ، وهنا الابر النماينسرف الى ماضينه عن صاحبه ، لانه هو الباقى فى نمته للمنمون له ، والا فأصل المال الذى دفعه قد انتقل بالنمان الى نمة صاحبه ، فلامعنى للابر المنه كما تقدم ، وحينتذ فاذا أبرأه من مال النمان لم يكن له الرجوع على صاحبه ، لانه لايرجع عليه الابراء ، فمن

أجل ذلك برئت نمة الاخر من ذلك .

وأما ما اشتغلت به ذمة الاخر من مال الضمان الذى ضمنه عن ذلك الذى أبر أمالمنسون له ، فهو باقفى ذمته فبراءة ذمة الاخر انماهو مماكان عليه لامماضمنه ، وانما يتحول ماكان على كل واحد الى صاحبه معضما نهما دفعة ، ورضى المضبون له بهما فلو ددا حدهما واجتمع الحقان على الاخر ، وكذا لوضمناعلى التعاقب اجتمعا على الاخير الاأن يحصل التخصيص . (١)

المسألة السادسة - اذا دخى المضبون له من المنامن بيعض المال ، اوأبرأه من بعضه لم يرجع على من بعضه لم يرجع على المضبون عنه الابما اداه ولوأبرأ من بعضه لم يرجع على المضبون عنه الابما أداه ولو أبرأه منه كملالم يرجع بشى ، وكذا لودفع الضامن عرضاعما في ذمته للمضبون له ، فانه يرجع على المضبون عنه بأقل الامرين من قيمته السوقية ومن أصل الدين .

قال في المسالك: ولافرق في ذلك بين أن يكون قد رضى المضمون لـ بالعرض عن دينه بغير عقد، و بين ان يصالحه الضامن به عن ماله، فلو كان ثوبا يساوى مأة وصالحه عن الدين وهو ماثنان لم يرجع الابقيمة الثوب هذا اذااجرى البيم على العرض بنفس المال المضمونله.

أما لوصالحه عليه في المثالبمأتين مطلقا ثم تفاصا فالمتجه رجوعه بالمأتين لانها تثبت له في ذمته بغير الاستيفاء ، وانما وقع الاطاء بالجميع ، ويحتمل الرجوع بقيمته خاصة ، لان الضمان وضع للارفاق ، وتوقف في التذكرة في ذلك . انتهى .

اقول: وقدتهدم الكلام في هذه المسألة في الموضع الخامس والموضع العاش من البحث الاول.

⁽۱) ووجهه أتهاذا ضمن زيد مافى ذمة عمرو انتقل ما فى ذمة عمرو الى ذمة زيد مع ماكان فى ذمة زيد انتقل جميع ما فى ذمة زيد ماكان فى ذمة زيد انتقل جميع ما فى ذمة زيد من اللهن الذى عليه اولا ومال المضمان الذى ضمنه عن عمرو كله الى ذمة عمرو ، أما لوخصص الضمان فان قال : ضمنت ما فى ذمتك من الممال الذى استدنته من فلان اختص الضمان به ، وهذا فائدة القيد الذى دووناه فى الاصل. منه رحمه الله .

المسألة السابعة _ قدصرحالاصحاب بببواذ ترامى الضمان ودوره ، بان يضمن ضامن ثم يضمن عنه آخر وهكذاالى عدة ضمنا ، ولامانع منه لتحقق شرطه ، وهو ثبوت المال فى نمة المضمون عنه ، وهو هنا كذلك ، وحينتُذفير جع كل ضامن على من ضمن عنه اذا كان الضمان باذئه بما أدامعنه ، ويصح دوره ، بأن يضمن الاسل ضامته ، أوضامن ضامنه وان تعدد ، فيسقط بذلك الضمان ، ويرجع الحق كما كان ، ويتر تب عليه أحكامه ، كما لووجد المضمون له الاصل . الذى ساد ضامنا معسرا مثلا .

فان له الفسخ والرجوع الى المنامن السابق، وقد يختلفان بأن يضمن المحال مؤجلا، و بالمكس كما تقدم فى الموضع السابع من البحث الاول، وقد تقدم نقل خلاف الشيخ فى ذلك . والله العالم .

المقصد الثاني في الحوالة

والبحث فيها يقع في مسائل: الاولى: قيل الحوالة عقد شرع لتحويل المال من نمة الى نمة مشغولة بمثله، وفي التذكرة: عرفها بأنها تحويل الحق من نمة الى نمة ، ولم يشترط في النمة المحول اليها الاشتغال بمثل المال المحول ، ادخالا للحواله على البرى في التعريف المذكود ، وظاهر التعريف الاول خروجه ، مع أنهم عد واللحوالة على البرى من من هذا الباب، وأور دعلى العلامة في تعريفه في التذكرة بأنه وان قصد باسفاط هذا القيد المحاولة لادخال هذا الفرد لئلا ينتقض التعريف في عكسه ، الا أنه وقع فيما هو أسعب منه ، لشموله حينتذ للضمان بالمعنى الاخص في عكسه ، الا أنه وقع فيما هو أسعب منه ، لشموله حينتذ للضمان بالمعنى الاخص

وأجاب عنه المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) ، بأن المرادكما هو الظاهر التحويل من ذمة المحول الذي هو المحيل لامطلقا ، قال : على أنه ليس أصعب ، لان التعريف بالأعم جائز عند المتقدمين ، بخلاف الاخس فانه غير جائز عند أحد فقوله في شرح الشرايع : فوقع فيما هو أصعب منه معمل التأمل ، انتهى .

ثم ان فى تعريفهم لها بأنها تحويل الحق أو تحويل مال ، ما يشير الى أن الحوالة تاقلة للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، ومن أجل ذلك سميت حوالة .

قال في التذكرة: الحوالة عقد لازم، فلابد فيها من إيجاب وقبول، كغيرها من العقود، والا يجاب كل لفظ يدل على النقل والتحويل مثل أحلتك وقبلتك واتبعتك، والقبول مايدل على الرضا نحو رضيت وقبلت، ولا تقبع معلقة بشرط ولا صفة، بل من شرطها التنجيز، فلو قال: اذا جاء وأس الشهر أو ان قدم زيد فقد أحلتك عليه لم يصح، لاصالة البرائة وعدم الانتقال، ولا يدخلها خياد المجلس. لانه مختص بالبيع، وليست بيماً عندنا، وهل يدخلها خياد الشرط، منع منه أكثر العامة، والحق جواذ دخوله لقولهم (١) (عليهم السلام): «كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة فانه جائز، ، ولو قال: أحلني على فلان، فقال أحلتك، افتقر الى القبول، ولا يكنى الا يجاب، انتهى.

أقول: قد عرفت في غير موضع و لاسيما في كتاب البيع مما في اشتراطهم للإيجاب والقبول وتحوهما من الشروط التي أوجبوها في العقود من عدم الدليل على ذلك ، بل اطلاق الاخبار وعبادات العقود المذكورة فيها ترد جميع ماذكره ، وأن الامر في العقود أوسع مما ضيتقوه ، والظاهر أيضاً تطرق المناقشة الى ماذكره من عدم جواذكونها معلقة على شرط ، لعدم الدليل عليه ، ولعموم (٢) والمسلمون عند شروطهم » ، والله العالم .

الثانية _لا يخفى أن أركان الحوالة ثلاثة: المحيل، والمحتال، والمحالعليه ويعتبر رضا الثلاثة عند الاصحاب، أما المحيل فموضع وفاق، قال في التذكرة: يشترط في الحوالة رضى المحيل، وهو الذي عليه الحق اجماعاً، فلو اكره على أن يحيل فأحال بالاكراه لم يقع الحوالة، ولا نعرف فيه خلافاً، فان من عليه الحق مخير من جهات القضاء، فله أن يقضى من أي جهة شاء، لا يتعين عليه بعض الجهات قهراً.

وأما المحتال فالوجه في اعتبار رضاه أن حقه ثابث في نمة المحيل ، فلايلزمه نقله الى نمة الحرى الا برضاه ، والحكم في ذلك أيضاً اجماعي كما صرح به في التذكرة ، فقال : يشترط رضا المحتال عند علمائنا أجمع ، و به قال الشافعي وأبو حنيفة ، ثمذكر فعوماذكر ناه من التعليل .

⁽١) (٢) الوسائل ج ١٢ الباب ٢ ـ من ابواب الخيار ص ٣٥٢

وأما المحالعليه فالمشهو دبين أصحابنا (دخوان الله عليهم) اعتباد دخاه أيضاً، (١) بل ادعى عليه الشيخ الاجماع ، قال في المختلف : احتبج الشيخ على ما اختاره بأن الاجماع واقع على صحة الحوالة مع دخى المحال عليه ولادليل على صحتها من غير دخاه ، ولان اثبات المالغي ذمة الغير مع اختلاف الغرماء في شدة الاقتضاء و سهولته تابع لرضاه.

ويمكن أن يبجاب بأن نفى الاجماع نفى دليل خاص، ونفى الخاص لا يستلزم نفى العام، مع أن الاسل يقتضى الصحة لقوله تعالى د أوفوا بالعقود» (٢)، ونعنع اعتباد وضاه كما لو باعه، ولم نفف على حديث ـ يتضمن ما ادعاه على ما أن الشيخ المفيد لم يذكر اعتباد وضى المحال عليه، بل عبادته تشعر بعدم اعتباد وضاه، ثم نقل العبادة المذكودة، ثم قال: وكذا قال الشيخ فى النهايه.

أقول: لا يتخفى أنه وان لم يود في الاخبار ما يفتنى رضى أحد من هذه الثلاثة المهذكورة، الا أن ما علل به رضى الاولين منافاً الى الاجماع على ذلك لا يتخلومن قوة، وأما ما علل به الاخير فهو ظاهر النعف عند التأمل، ومثله أيناً ما قيل: من أن الاصل بقاء المال في ذمة المحال عليه للمحيل، فيستصحب.

والتحقيق كما ذكره شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك ، أن المحيل قدأقام المحتال مقامه فى القبض بالحوالة ، فلاوجه لافتقاره الى رضاء من عليه الحق ، كما لو كله فى القبض منه ، بخلاف الاولين لما عرفت .

⁽١) المنهوم من كلام الملامة في التذكرة ايضاً عدم الخلاف في ذلك حيث قال: في اصحابنا من يشترط دخى الملائة ، و قال في موضع آخر: ويشترط عندنا دخى المحال عليه، ثم نقل الخلاف عن بعض العلمة فقط ، وهو كما ترى ظاهر فيما قلناه ، مع انه في المختلف كما تقلناه في الاصل خالف في ذلك ، و تبعه شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، وهو الاقرب كما أوضحناه في الاصل ، ويشير أيضاً الى وجود الخلاف في المقام ، ما في عبارة ابن حمزة على ما تقله في المختلف ، حيث قال : تصح الحوالة بشروط عشرة الى أن قال : ورضى المحال عليه على الصحيح ، قال في المختلف و هو يشعر بوجود قسول لبعض أصحابنا ينافيه وانه عليه المسالة الى الشهيد الثاني في المسالك خاصة مسع اعترافه بنقل الشيخ الاجماع وفيه ما عرفت . منه رحمه الله .

⁽٢) سورة المائلة ــ الآية ١

و اختلاف الناس في الاقتضاء لايمنع مطالبة المستحق و مـن يعينه لذلك ، والتوقف على رضاه محل البحث ، فاخنه في الدليل مصادرة معضة .

قوله: ولان اثبات المال في ذمة الغير تابع لرضاه ، بمعنى أن نقلة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه يتوقف على دضاه ، يمكن دفعه ، بأ نانمنع من اقتضاء الحوالة النقل ، وانما هي ايفاء لما في ذمة الغير ، فلاتقس عن بيعه كما أشاد اليه العلامة فيما تقدم من جوابه عن كلام الشيخ ، وأسالة بقاء الحق معادضة بأسالة عدم الاشتراط ، والاستصحاب انقطع بماذكر ناه ، خصوصاً مع اتفاق الحقين جنسا ووصفا .

نعم لو كانامختلفين و كانالغرض استيفاء مثل الحق المحال ، توجه اعتباد رضى المحالعليه، لأنذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة، فلابد من رضى المتعاوضين ، ومع ذلك لورضى المحتال باخذ جنس ما على المحال عليه ، ذال المحدود .

وبذلك يظهر قوة القول بمدم اشتراط رضى المحال عليه ، الأ في سورة اختلاف المال المحال ، مع ما في نعة المحال عليه ، وعدم رضا المحتال بأخذه ، لماعرفت .

تنبيهات الاول _ ينبغى أن يعلم أنه على تقدير القول المشهور من اعتباد دضى الثلاثة فان اعتباد دضى المحال عليه ليس على حسب دضى الاخرين ، فان الاخرين دكنا العقد الذي لا يتم الابالا يبجاب والقبول ، فالا يبجاب من المحتال والقبول من المحتال و يعتبر في عقدها عند الاسحاب ما يعتبر في غيره من العقود من اللفظ و المقادبة و نحوهما بخلاف المحال عليه ، فانه يعتبر دضاه كيف اتفق ، مقادناً أو متر اخياً ، أومتقدما أيضاً ، لحصول الغرض المطلوب منه على كل من هذه الوجوه .

الثانى ــلايخفى أنه على ما اخترناه من القول بعدم اعتباد دضى المحالعليه، انما يتجه فيما اذا كان مشغول النسة بمال المحيل، أما لوكان برى الذمة و قلنا بصحة الحوالة كما هو أصح القولين ــ فانه يشترط دضاه اجماعاً.

الثالث ـ ان ما تقدم من الاجماع على اشتراط رضى المحيل في صحة الحوالة منصوص بما اذا لم يتبرع عنه متبرع بوفا الدين الذي عليه ، أما لوتبرع المحال عليه بالوفاء فانه لاتعتبر رضى المحيل قطعاً ، لانه دفاء دينه و ضمانه بغير اذبه ،

والعبارة عنهأن يقول المعطل عليه للمحتال: احتلت بالدين الذى لك على فلان على تفسى ، فيقبل ، وفي هذه الصورة انما يشترط رضى المحتال والمحال عليه ويقومان بركن العقد .

الثالثة ـ المشهور انه مع تحقق الحوالة فانه يبرأ المحيل من حق المحتال من غير أن يتوقف على الابراء بل يبرى بمجرد الحوالة ، وذهب الشيخ : في النهاية وابن الجنيد والشيخ المغيد وابن البراج و ابن حمزة وأبو الصلاح الى توقف ذلك على الحوالة ، وقال ابن ادريس ومن تأخر عنه : بالاول .

ويدل على ما ذهباليه المشايخ المتقدم ذكرهم: ما دواه ثقة الاسلام والشيخ بأسانيد فيها السحيح عن زرارة (١) عن أحدهما (عليهما السلام) في الرجل يسيل المرجل بمالكان له على برجل آخر فيقول له: الذي احتال: برئت من ما لى عليك، قال: اذا ابرأه فليس لهأن يرجع اليه، وان لم يبرئه فلهأن يرجع على الذي أحاله».

وهى ظاهرة الدلالة فيماذكروه: والمفهوم منهاأن الحوالة لاتفيد تقل المال من نمة المحيل الى نمة المحال عليه، لانه مع حصوك النقل بالحوالـة لايصادف الابراء محلا.

هذا ان تأخر الابراء عن الحوالة ، والالم يصادف الحوالة محلا ، ولاخلاف بين الاصحاب في أن الحوالة تفيد نقل المال الى ذمة المحال عليه ، وأن المحتال ليس له الرجوع على المحيل .

وعلى ذلك تدل الأخباد ، ومنها ما رواه فى الكافى (٢) عن منصور بن حاذم دقال : سألت أباعبدالله (عليه السلام) عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم أيرجع عليه أبداً الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» .

وما رواه السدوق في الفقيه (٣) عن أبي أيوب أنه سأل أبا عبدالله (عليه السلام)

⁽۱) الكانى ج ه ص ١٠٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٦ ص ٢١١ ح ١ ٠

⁽٢) الكافي ج ه ص ١٠٤ ح ٤

⁽٣) الققيه ج٢ ص ٥ ٥ ح ٣

وهنمالروایات فی الوسائل ج ۱۳ آلباب ۱۱ ص۸ ۱۰ ح ۲ و ۳ و ۱

عن الرجل يعميل الرجل بالمال أيرجم عليه ؟ قال: لايرجع عليه أبدا الا أن يكون قد أقلس قبل ذلك» .

وما رواه في التهذيب (١) عن عقبة بن جعفر عن أبي الحسن (عليهالسلام) قال : سألته عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصير في أيرجع على صاحبه اذا احتال ورضى فقال : لاء .

وهـنه الاخبار كما ترى ظاهرة في نقـل الحوالة وبراثة نمة المحيل بعد الحوالة ، للمنع من رجوع المحتال عليه معتضدة باتفاق الاصحاب على ذلك .

وبالجملة فان كلاً من السوالة والبراثة موجب لخلو نمة المحيل، فأبهما سبق كان الثاني لاغياً، لا أثر له.

وبه يظهر مافى الرواية المذكورة من الاشكال، ومخالفة القواعدالشرعيه (٢) وقد تأولها الاصحاب بتأويلات بعيدة ، أقلها بعداً ماذكره فى المسالك، وهو أن الابراء فى الخبر كناية عن قبول المحتال الحوالة ، فمعنى قوله برئت من مالى عليك أنى دسيت بالحوالة الموجبة للتحويل ، فبرئت أنت فكنى عن الملزوم باللازم و هكذا القول فى قوله : ولو لم يبرأه فله أن يرجع ، لان العقد بدون رضاه غير لازم ، فله أن يرجع فيه .

ومذهب جمهور العامة في هنمالمسألة موافق لمذهبأ صحابنا في عدمالتوقف على البرائة ، ويمكن حملها على التقية ، لابهذا الاعتبار ، بل باعتبار ما قدمناه في المقدمة الاولى من المقدمات المذكورة في صدر كتاب الطهارة من أنهم (صلوات الله عليهم) كثيراً ما يقصدون المخالفة في الاحكام تقية وان لم يكن بها قائل من العامة محافظة على الشيعة لواتفقوا على نقل الاحكام عنهم كما تقدم تحقيقه ثمة ، فان الخبر كما عرفت: فيه من الاشكال ، ومخالفه القواعدالمتفق عليها ما يمنع من العمل به .

⁽١) التهذيب ج٦ ص٢١٢ ح٢، الوسائل ج ١٣ ص ١٥٨ ح ٤.

⁽٢) منها ما اذا ظهر اعسار المحال عليه حسل الحوالة فان له الرجوع على المحيل اذا لم يسبره، ، ومنها ما اذا اشترط المحيل البراءة فانه يستفيد بذلك عسد ١ الرجوع لو ظهر افلاس المحال عليه فلا يخفى فيه من البعد عن سياق الخبر وان كان في حد ذاته جيداً الا ان فهم ذلك من المخبر انما هو من قبيل الالفاذ والمعما. منه رحمه الله .

وما ذكر من التأويلات لا يتخلومن التعسف ، وليس بعد ذلك الاماذكر ناه . والتمالمالم. الرابعة ـ قد صرح جملة من الاصحاب ، والظاهر أنه المشهود ، بجو اذ الحوالة على البرىء للاصل ، فان الاصل الجواذ ، والاصل أيضاً عدم اشتر اط شغل نحة المحال عليه بمال المحل .

والشيخ في المبسوط في أول كتاب الحوالة جوزها على من ليس عليه شيء للمحيل ، ثم قوى في آخره المنع ، ولم ينقل المنع هنا عن غير الشيخ .

قال في المسالك: ومبنى القولين على أن الحوالة حل هي استيفاء أواعتياض؟ فعلى الاول يصح دون الثاني، لانه ليس على المحال عليه شيء يجعل عوضا عن حق المحتال.

أقول: لا يتخفى أن الوارد من الاخبار في هذه المسئلة، وهو ما قدمناه في سابق هذه المسئلة، وليس غيره في الباب دالاً بظاهر اطلاقه على صحة الحوالة، أعم من أن يكون المحال عليه مشغول النعمة أو بريئاً، فالاظهر في الاستدلال على هذا الحكم هو الاستناد الى اطلاق الاخبار المذكورة، وعدم التعويل على هذه الاعتبارات المتكلفة، والله العالم.

الخامسة من شروط الحوالة وضى الثلاثة المتقدم ذكرهم ، وقدعر فت الكلام في الاتفاق على المحيل والمحتال ، والخلاف في المحال عليه .

ومنها كمالهم و عدم الحجر عليهم ، وأكثرهم لم يذكر هذا الشرط وكانه لظهوره والاكتفاء بذكره في أمثال هذا المقام من الضمان ونحوه.

ومنها أنه يشترط ملاءة المحال عليه أوالعلم باعساره وقت الحوالة ، فلوقبل الحوالة جاهلا بحاله ثم بان اعساره وقت الحوالة كان له فسخ الحوالة ، والرجوع على المحيل ، ويدلعليه ما تقدم من دواية منصور بن حاذم (١) و رواية أبي أبوب (٢) .

ولوكان وقت الحوالة مليا ثم تجدد له الاعساد فلا خياد ، وتدل عليه روايــة عقبة بن جعفر المتقدمة (٣) و مفهوم الروايتين المذكودتين أيضا حيث منعتا مــن

⁽۱) ص ۵۰

⁽۲) ص ۵۰

⁽٣) ص ٥١ ه

الرجوع بمدالحوالة مطلقا الافي صورة افلاسه وقت الحوالة .

ولو المكس الفرض المذكور بأنكان وقت الحواله معسراً ثم تبعدت الملائة قبل أن يفسخ المحتال ، فهل يزول الخيار أم لا ؟ اشكال ، لزوال الفرر المترتب على الاعساد ، فيزول الخيار ، ومن بسوت الخيار اولا فيستعمب ، لان الموجب للخيار ليس هو الاعساد مطلقا ، ليزول بزواله بل الاعساد وقت المنمان وهو ، متحقق فيبت حكمه ، ورجحه في المسالك ، فقال : بأن الاقوى ثبوت الخيار لذلك.

ومنها ثبوت المال في نمة المحيل للمحتال اجماعاً ، فلولم يكن المحيل مشغول النمة للمحتال لم تصح الحوالة ولم تتحقق .

نعم لو أحال على شخص والحال هذه فان كان ذلك الشخص المحال عليه غير مشغول الذمة ، فان هذه الحوالة تعير وكالة في القرض منه . فهى وكالة ، وان كانت بهذا اللفظ : فانها جايزة بكل لفظ دل على ذلك ، وان كان مشغول الذمة فهى وكالة أيضاً ، لكن في الاستيفاء .

وبالجملة فان مالم يكن ثابتاً في الذمة لا تجزى الحوالة فيه ، وان وجد سببه كمال البحالة قبل العمل ، فانه لا يصح احالة الجاعل به للمجمول له ، لعدم ثبوته ، أما لو أحال به المجمول له على البحاعل لمن له عليه دين ثابت ، فانه يجوز ، بناء على القول بصحة الحوالة على البرىء .

ومنهاأن يكون المال المحال معلوماً عند المحيل ، فلوأحاله بمال مجهول عنده كما لو أحاله بماله من الدين لم يصح للفرد ، و لان الحوالة اما أن تكون اعتياضاً أو استيفاء وعلى الاول فلايصح على المجهول ، كما أنه لايصح يبعه ، وعلى الثاني فانه انما يمكن استيفاء المعلوم .

قالفي التذكرة: ويعتمل هنا (١) الصحة، ويكون على المحال عليه للمعتال ما يقوم به البيّنة ، كما قلنا في الضمان، ولافرق في اشتراط كونه معلوماً بين أن

⁽١) أي طي تقدير كونه استيفاء. منه رحمه الله .

يكون مثليا كالطعام، أو قيمياً كالعبدو الثوب خلافاً للشيخ: (١) وجماعة حيث منعوا من جواذ الحوالة بالقيمي ، لكونه مجهولا .

ورد بأنه معلوم بالوصف المصحح للبيع ، و الواجب فيه القيمة وهي مضبوطة أيضاً تبعاً لخبطه ، فلامانع مع شمول عموم الادلة .

و منها سبق اشتفال نمة المحال عليه عند بعض ، و هو من قال بعدم جواز الحوالة على البرىء ، وأما على ماقدمناه من القول بالجواز فانه لاوجه لهذا الشرط.

ومنها انه يشترط تساوى المالين جنساً ووصفاً تفصياً من التسلط على المحال عليه ، اذ لا يحبأن يرفع الامثل ماعليه ، وتردد المحقق في الشرايع في هذا الشرط.

قال في المتذكرة: من مشاهير الفقهاء وجوب تساوى الدينين ، أعنى الدين الذى للمحيل على المحال عليه جنساً ووصفاً وقدراً ، فلو كانله دنانير على شخص فأحاله عليه بدراهم لم يصح ، لئلا يلزم التسلط على المحال عليه بما لايستحق ، و أما قدراً (٢) فلا يجوز التفاوت بمعنى

⁽۱) قال الشيخ في المبسوط: انما تصح الحوالة في الاموال التي هي ذوات الامثال، ونحوه كلام ابن حزة، وقال ابن الجنيد: الحوالة جائزة بساير ما يصح السلم فيه من الامتعة مع من تجوز ذلك معه ولم يذكر الشيخ المفيد ولا السلاد ولا ابن ادديس ذلك، قال في المختلف: والمعتمد عدم الاشتراط كما قال ابن الجنيد: اصالة صحة العقد علم اشتراط كونه مثليا، احتج المانعون بانه مجهول، والجواب المنع من الجهالة، بل ديما يوصف به السلم، قال الشيخ في الخلاف: نمنع كونه مجهول، لابد أن يكون معلوماً يعنى الحيوان بوصفه وسبنه وجنسه، قان لم يكن كذلك لم يصح الحوالة، انتهى، منه رحمه الله.

⁽٢) اقول: المراد بقوله وأما قدراً الى آخره أنه لوكان للمحيل فى ذمة المحال عليه عشرة، و للمحتال فى ذمة المحيل خمسة، فيلا يحيل تلك الخمسة على تلك العشرة، بمعنى أنه يأخذ تلك المشرة عوض هذه الخبسة، وكذا بالعكس لما علله به فى التذكرة قال: ان هذا العقد للارفاق ولايصال كل حق الى مستحقه ولم يوضع لتحصيل ذيادة او حسط شىء، والمراد بذلك وقوع المعاوضة بالقليل عن الكثير وبالعكس، انتهى ، نعم على تقدير التفاوت بين الدينين يجوز الحوالة بالمساوى كأن يحيل اليه فى الصورة الاولى بخمسة من تلك العشرة، وقال فى التذكرة: وللشافعية وجه فى الاحالة بالقليل على الكثير أنها جائزة، وكان المحيل يتبرع بالزيادة . منه رحمه الله .

الحوالة بالزايد على الناقس وكذا العكس و مسع التفاوت ينجوز بالمساوى ، وأما الاجل فيجوز الحال بالحال ، والمؤجل بمثله وبالحال والابعد بالانقس لا المكس ، لانه تأجيل حال . نعم لوشرط في الحوالة في الحالين عدم القبض الابعد أشهر مثلا ينجوز ، لدليل وجوب العمل بالشرط . انتهى .

كذا نقل عنه المحقق الاردبيلي (قدس سره) في شرح الارشاد، والطاهرأنه نقل بالمعنى لملخص ماذكره في الكتاب المذكور، كما لا ينخفي على من راجع كتاب التذكرة.

أقول: وتفصيل الكلام في المقامهوأن الشيخ (رحمة الله عليه) وجماعة ذهبوا الى اشتر اطتساوى المالين أى المال المحال به ، والمال المحال عليه جنساً دوصفا ، لان حقيقة الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه، فاذا كان الدين الذى على المحيل دراهم مثلا ، و الدين الذى على المحال عليه دنائير ، فكيف يصير حق المحتال على المحال عليه دراهم ، ولم يقع عقديو جب النقل من الدنائير التى في ذمته الى الدراهم .

والجواب عن ذلك أنه متى قيل باشتراط رضى المحال عليه كما هوالمشهور أولم نقل ثمة به ، و لكن نقوله فى هذا المقام حيث أنها معادضة تتوقف على رضاه كما أشار اليه العلامة فى المختلف ، حيث أنه ممن منع اشتراط رضاه ، ولكن أوجبه فى هذا المقام ، حيث أنها معاوضة .

و كذا اذاقلنا بجواز الحوالة على البرى و كما هوالا شهر الاظهر مماعرفت فيما تقدم فانه لاوجه لما ذكر ومعن المنع بالكلية ، ومتى جاز الحوالة على البرى الذى لاحق عليه بالكلية ، فلا أن يجوز على من عليه حق مخالف اولى ، وغاية ما يلزم هو مخالفة الحق المحالبه لما هو عليه ، وهذا لا يصلح للمنع ، لان الحوالة ان كانت استيفاء ، فالاستيفاء يجوز بالجنس وغير الجنس مع التراضى على ذلك ، وان كانت اعتياضاً فكذلك ، لجواز المعاوصة على المختلفين وهذه المعاوضة هناليست من قبيل المعاوضة في البيع ، حتى يعتبر فيها التقابض و نحوه مما اعتبر في البيع ، بل هي معاوضة مينية على الارفاق والمسامحة .

وبالجملة فانه متى حصل التراضى من الجانبين كما هو المفروض فلامانم والتسلط الذى التجأوا اليه في المنعانمايتم مع عدم التراضى والمفروض وجوده ، نعم لو قلنا بعدم جواز الحوالة على البرى اتجه ما ذكروه . والتالعالم .

السادسة ــ الظاهر أنه لاخلاف بينهم في جواذ ترامي الحوالات ودورها ، لحين شرايط الصحة ، وعدم المانع فكما تصح الاولى تصح الثانية والثالثة ، وهكذا لعين ماثبت به صحة الاولى ، فلوأ حال المديون زيداً على عمر و ثم أحال عمر و زيداً على خالد ، ثم أحال خالد زيداً على بكر صح ، وهذا في صورة تعدد المحيل والمحال عليه ، فان كلاً منهم ماعدا الاول محيل ومحال عليه ، مع اتحاد المحتال ، فان المحتال في جميع هذه الفروض واحد ، وهو زيد ، ويجوز أن يرجع الاخير منهم على المديون الاول ، و يحيل عليه ، أما بأن تكون نمته مشغولة بدين لمن أحال عليه ، أو بناء على جواذ الحوالة على البرى فيصح دورها ، ومثله (١) باقى الحوالات السافة .

السابعة - لو أحال عليه فقبل الحوالة وأدى ثم رجع على المحيل بما أداه مدعياً برائة ذمته من مال المحيل، وادعى المحيل اشتغال ذمته، و أنه انما أحال عليه من حيث كونه مشغول الذمة بماله، فان قلنا بجواز الحوالة على البرىء كما هو أظهر القولين، وأشهرهما، فان القول هنا قول المحال عليه بيمينه، لانه منكر لاشتغال الذمة، وان اعترف بسحة الحوالة، فان صحتها لانستلزم شغل الذمة لما عرفت من جوازها على البرىء، فيرجع بما أداه على المحيل بعد اليمين، وان قلنا بأن الحوالة مشروطة بشغل ذمة المحال عليه فوجهان:

احدهما- أنه لايقبل قوله في نفى شغل الذمة ، لان الحوالة تفتضى شغلها ، حيث أن الحوالة لا تسم الا مع شغل الذمة كما هو المفروض ، وهو موافق على الحوالة . وبالجملة فالمنكر وان كان معه أصالة عدم شغل الذمة ، الا أن ذلك يقتضى

⁽١) المراد مثل ذلك في الحوالة على البرى، أو مثغول النَّمة فانك قد عرفت صحة الحوالة على البرى، فيما تقدم، فهو جائز في كل موضع تصمح الحوالة فيه بدون ذلك. منه رحمه الله.

بطلان الحوالة على هذا التقدير ، ومدعى الدين يدعى صحتها ، ومدعى السحه عندهم مقدم ، وعلى هذا فلا تسمع دعوى المحال عليه ، ولا يرجع على المحيل بشى ، وثانيه ما أن يقال: ان هنا أصلين تعارضا ، أصالة عدم شغل الذمة مع المحال عليه وأصالة صحة العقد مع المحيل فتساقطا ، وبقى مع المحال عليه أنه أدى عن المحيل باذنه ، فيرجع عليه حينتذ على التقديرين (١) .

واستحسنه في المسالك ثم اعترضه بأن الاذن في الاداء انما وقع في ضمن الحوالة ، و اذا لم يحكم بصحتها لا يبقى الاذن مجرداً ، لانه تابع فيستحيل بقاؤه بدون متبوعه .

ثم أجاب بأن الاذن وان كان واقعاً فى ضمن الحوالة الا أنه أمر يتفقان على وقوعه ، وانما يختلفان فى أمر آخر ، فاذا لم يثبت لا ينتفى ما وقع الاتفاق منهما عليه ، انتهى .

ومنه يظهر أن الاقرب الى الاعتبار هو كون القول قول المحال عليه مطلقاً . وهو اختيار المحقق الاردبيلي (قدس سرم) أيضاً في شرح الارشاد، والله العالم .

الثامنة ـ قالوا: اذا أحال المشترى البايع بالثمن ثم رد المبيع بعيب سابق فهل تبطل الحوالة ؟ لانها تبع للبيع ، فيه تردد ، فان لم يكن البايع قبض المال فهو باق في ذمة المحال عليه للمشترى ، وان كان البايع قبضه فقد برى والمحال عليه ، ويستعيده المشترى من البايع .

أما لو أحال البايع أجنبياً بالثمن على المشترى ، ثم فسخ المشترى بالعيب أوبأمر حادث لم تبطل الحوالة ، لانها تعلقت بغير المتبايعين ، ولوثبت بطلان البيع بطلت الحوالة في الموضعين .

أقول: تفصيل اجمال هذا الكلام وبيان ما اشتمل عليه من الاحكام يقع في مواضع: الاول ـ فيما اذا أحال المشترى البايع بالثمن على شخص آخر ، ثم دد المبيع بعيب سابق وفسخ العقد ، فهل تبطل الحوالة أم لا ؟ قد تردد في ذلك المحقق

⁽١) أى على تقدير صحة الحوالة على البرى ، أو اشتراط شغل النَّمة في صحة الحوالة وعدم جواز الحوالة على البرى ، منه رخمه الله .

في الشرايع ، والعلامة في الأرشاد .

ومنشأ التردد من جهة ما ذهب اليه الشيخ: من بطلان الحوالة في الصورة المذكورة، معللاً ذلك بأن الحوالة تابعة للبيع، فاذا بطل البيع بطلت، لاستحالة وجود التابع من جهة ما هو تابع بدون متبوعه، ومن أن الحوالة تاقلة للمال الى نمة المحال عليه، فقد انتقل ما في نعة المشترى من المال الذي هو ثمن العبيع للمحتال الى نمة المحال عليه، فلا يبطله الفسخ المتأخر، لان الفسخ انما يبطل العقد من حينه لامن أصله.

وربما بنى التردد ايضاً وحصول الوجهين المذكورين على أن الحوالة هل هى استيفاء ما على المحيل ؟ _ نظراً الى عدم اشتراط القبض فيها ولوكان الحقان من الاثمان ، بمعنى أن المحتال استوفى دينه الذى على المحيل بمجرد الحوالة من غيراًن يقبض منه شيئًا ، ولوكانت اعتياضاً كان ذلك بيع دين بمثله .

ولتحقق برائة الآخر وهوالمحيل بمجر دالحوالة ، وعلى هذا تبطل الحوالة ، لانهانوع ادفاق (١) واذا بطل الأسل بطل مهية الارفاق ، كمالو اشترى شيئا بدراهم مكسرة و تطوع بادا و سحاح عوضها ثمضخ ، فانه يرجع عليه بالصحاح ، ولايقال : انه يطالب بمثل المكسرة ليبقى التطوع بحاله ، لان التطوع انما بنى على البيع ، والبيع قدانفسخ وبطل ، فيبطل ماتفرع عليه ، اوان الحوالة اعتياض لااستيغاء نظراً الى أنه لم يقبض نفس حقه ، بل أخذ بدله عوضاً عنه ، وهومعنى الاعتياض ، وعلى هذا لا تبطل كما لواعتاض البايع عن الثمن ثو با ثم فسخ ، فانه يرجع بالثمن لا بالثوب .

أقول: وهذا الوجه الاخير الذى بنى عليه الترند نقله العلامة فى التذكرة عن الشافعية: بالاحتمالين المترتبين عليه، وظاهره وكذا ظاهر جملة من الاسحاب، التوقف هنا، لاقتصارهم على نقل الاوجه المذكورة فى المسألة، والخلاف المنقول عن الشيخ من غير أن يرجحوا شيئاً وهو فى محله.

⁽١) وجه كوئها نوع ادفاق أنه يستحق الثمن في ذمته فالمواجب دفع عسين الثمن ، وقبول الحوالة ارفاق بالمحيل ومسامحة له ، فاذا كان بناء الحوالة على الارفاق والمسامحة للمحيل ، فحين بطل البيع بالقسخ تبعه ما يترتب عليه مسن الارفاق فيبطل حسب ما ذكر في المثال المذكور في الاصل . منه رحمه الله .

وينبغى أن يعلمأنه لافرق فيما ذكر من الحكم المذكور بالوجوه المتقدمة، بين كسون الرد بالعيب بعد قبض المبيع أو قبله ، ولا بين أن يتفق الرد بعد قبض المحتال مال الحوالة أوقبله ، ولابين الفسخ بخيار العيب أوغيره من أنواع الخيار ، والاقالة والفسخ بالتحالف ونحو ذلك مما لاببطل البيع من أصله .

ولكن المتأخرين من الاصحاب مثلوا بالعيب تبعاً لمن فرض المسألة ، وكذا لافرق بين العيب السابق على البيع أو اللاحق على وجه يجوز الفسخ ، كالعيب قبل القبض وقبل انقضاء الثلاثة في الحيوان ، لاشتر الدالجميع في العلة الموجبة للحكم المذكور في السورة المغروضة في كلام من فرضها ، وأصل هذه الفروض والفروع في هذه المسألة وأمثالها كله من كلام العامة ، كما لا يخفي على من لاحظ التذكرة، وأصحابنا كالشيخ : وأتباعه جروا عليها .

الثانى - أنه متى قلنا يبطلان الحوالة كماهوأ حدالوجهين المتقدمين بأى سبب من السببين المتقدمين أيضاً ، فانكان المحتال وهوالبايم قد قبض المال من المحال عليه فقد برئت نمة المحال عليه ، و يستعيده المشترى من البايم ان كان موجوداً بعينه ، ولو تلف لزمه بدله وان تلف بغير تفريط ، لانه مضون عليه حيث أنه قبضه عوضاً عن الثمن ، وليس للمحتال دده على المحال عليه ، فان دده عليه فللمشترى مطالبته ، وان كان لم يقبض فليس له قبضه ، لبطلان الحوالة ، فيبقى فى فمة المحال عليه لمساحبه ، وهو المشترى كماكان .

فلوخالف المعتال وقبضه بعدبطلان العوالة لهيقع عنه لبطلان حقه . وهل يقم للمشترى قالوا: فيه وجهان (١) ؟ ومتى قلنا بعحة العوالة كماهوالوجه الاخر، فان كان البايع قدقبض بسراً المعال عليه ، ورجع المشترى على البايع ، ولايتعين حقه فيما قبضه ، وان لم يكن قد قبض فله القبض ، وللمشترى الرجوع عليه ، قبل

⁽١) منشأهما من أن الحوالة متضمنة للائن في القبض ، فان قلنا أن الانن يبطل ببطلان المحوالة ، لانه متى كان من لوازمها فانه يتبعها وجوداً وعدماً ، فاذا بطلت بطل ، لاستحالة تخلف الملازم عن ملزومه ، و ان قلنا بأن الاذن المضمني لا يبطل ببطلان ماكان في ضمنه كما هو أحدد القولين فيه ، كما ذكروه في الشركة والوكالة وتحقيق ذلك في باب الوكالة ،انشاءاته تعالى. منه رحمه الله .

القبض لان الحوالة كالمقبوض ، ومن ثم يسقط حق حبس المبيع لو أحال المشترى البايع بالثمن .

قيل : ويحتمل عدم جواذ رجوعه الى أن يقبض ، لعدم وجود حقيقة القبض، وان وجد ما هو بمعناه في بعض الاحكام .

أقول: من المحتمل قريباً أن ترتب الرجوع على القبض أدما في معناه لا يظهر له وجه وجيه ، لان الحوالة بناء على ما هو المفروض من القول بسحتها أمر منفك عن البيع غير مترتب عليه صحة وبطلاناً ، فيعمل في الحوالة بما هو مقتضاها من قبض المحتال من المحال عليه متى أداد ، رجع عليه المشترى اولم يرجع ، وفي البيع ما يقتضيه من رجوع المشترى بالثمن بعد الفسخ على البايع ، قبض مال الحوالة أم لم يقبض . والله العالم .

الثالث ـ لوأحال البايع أجنبياً بالثمن على المشترى ثم فسخ المشترى بالعيب أوبأمر حادث لم تبطل الحوالة لما ذكر من التعليل ، وهو تعلق الحوالة هنا بغير المتبايعين ، بخلاف المسألة المتقدمة ، وهي حوالة المشترى البايع بالثمن ، فان الحوالة متعلقة بالمتبايعين ، و هذا هو وجه الفرق بين المسألتين .

وبيان الفرق ان الحق في تلك المسألة كان مختصاً بالمتبايعين بسبب البيع ، فاذا جلل السبب بطل ما يترتب عليه ، بخلاف حوالة الاجنبي ، فانه لا تعلق له بالبيع ، ولا بسحته ولا يبطلانه ، وان حكمنا يبطلان البيع بعد الفسخ ، حيث أن الثمن سار مملوكا لذلك الاجنبي المحتال قبل فسخ العقد ، ونقل عن الشيخ : هنا الاجماع على عدم بطلان الحوالة ، قيل : و يحتمل ضعيفا البطلان هنا أيضا ، لان استحقاق المحتال فرع استحقاق المحيل ، فاذا بطل حق المحيل بطل تابعه ، ووجه ضعفه انه تابعه حين الحوالة لا بعد ذلك ، لا فادتها الملك حين وقعت بغير معارض .

أقول: وعلى حذا فلافرق بين أن يكون المحتال قدقبض أم لا ، لان الناقل للملك الحوالة ، لاالقبض ، و حينتذ فان المحتال يرجع على المشترى بما أحيل له به من الثمن لولم يقبضه ، والمشترى بعد الفسخ يرجع به على البايع .

الرابع - لو ثبت بطلان البيع بطلت الحو الةفي كلمن الموضعين المذكورين،

اعتى حوالة المشترى البايع بالثمن كمامر في المسألة الاولى ، و حوالة البايع الاجنبي بالثمن على المشترى.

وتوضيحه أن صحة الحوالة فرع استحقاق البايع الثمن ، و ثبوته له على كل من التقديرين المذكورين ، ومع تبين بطلان البيع من أسله يظهر عدم استحقاق البايع الثمن في ذمة المشترى في نفس الامر .

والتحقيق أن الحوالة وقعت باطلة من أسلها ، الا أنه انما انكشف البطلان بظهور بطلان البيع ، وعدم استحقاق الثمن ، فيكون بطلان البيع كاشفا عن بطلانها ، وحينتُذ فان كان البايع بالنسبة الى المسألة الاولى أوالمحتال بالنسبة الى الثانية لم يقبض ، فليسله القبض بظهور البطلان كماعرفت ، وان كان قد قبض ، فان للمشترى أن يرجع عليه بذلك، وللمشترى أيضاً الرجوع في المسئلة الثانية (١) على البايع بما قبضه محتاله ، لانه قد وفي عنه مافي ذمته للمحتال، وهو الاجنبي ، فقبضه منسوب اليه ، وليس للمشترى الرجوع في المسألة الاولى ، و هي ما اذا أحمال المشترى البايع بالثمن على شخص آخر على ذلك الشخص الاخر المحال عليه لصدور القبض باذنه ، وانما يرجع على البايع ، والله العالم .

المقصد الثآلث في الكَفَالة:

المفهوم من جملة من الاخباد كراهة الكفالة والتأكيد في المنع منها ، فروى في الكافي عن حفس بن البخترى (٢) في الصحيح « قال : أبطأت عن السج، فقال لى أبو عبدالله عليه السلام: ما أبطأ بك عن الحج ؟ فقلت : جعلت فداك تكفلت برجل فخفر بي فقال: مالك والكفالات ، أما علمت أنها أهلكت القرون الاولى ، ثم قال : ان قوماً أذنبوا ذنوباً كثيرة فأشفقوا منها و خافوا خوفاً شديداً ، فجاء

⁽۱) وهى ما اذا أحال البايع أجنيا على المشترى بالثمن ، ووجه رجوعه على البايع انالبايع انما أحال البايع المشترى للاجنى ، لانه مشغول الذمة للاجنى ، فيكون المشترى قد أدى عنه ما فى ذمته باذنه ، فيرجع به عليه حيثتذ ، فطى هذا يتخير بين الرجوع على البايع وعلى محتاله . منه رحمه الله .

⁽٢) الكافي ج ه ص ١٠٣ ح ١ باب الكفالة والحوالة .

آخرون فقالوا: ذنو بكم علينافا تزلالله عزوجل عليهم العذاب، ثم قال تبارك وتعالى: خافونى وأجترأته على موالخفر نقض المهد.

وروى الشيخ في التهذيب عن أبي الحسن الخرز از (١) وقال: سمعت أباعبدالله (عليه السلام) يقول لا بي العباس الفضل بن عبد الملك: مامنعك عن الحج ؟ قال: كفالة تكفلت بها قال: مالك و الكفالات أما علمت أن الكفالة هي التي أهلكت الفرون الاولى».

و روى الصدوق في الفقيه مرسلا (٢) وقال السادق (عليهالسلام) : الكفالة خسارة غرامة ندامة» .

وباسناده عن اسماعيل بن جابر (٣) ،عن أبي عبدالله (عليه السلام) ، انَّه قال: لا تتعرضوا للحقوق ، فاذا لزمتكم فاصبر والها» .

وروى الشيخ باسناده عن داودالرقى (٤) قال: قال: ابوعبدالله (عليه السلام) مكتوب في التورية كفالة ندامة غرامة».

والبحث في هذاالمقصد يقع في مواضع : الاول - الكفالة حي التعهد بالنفس بمعنى التزام احمناد المكفول متى طلبه المكفول له ، فهي متعلقة بثلاثة ، الكفيل وهو هنا بمعنى الفاعل وان كانت هذه السيغة تصلح للمفعول أيضاً ، الأنهم انما أدادوا به هنا الكافل ، والمكفول له ، ولاريب في اعتباد رضى الاولين ، ولاخلاف فيه أيضاً لان الكفالة من جملة المقود اللازمه المتوقفة على الايجاب والقبول ونحوهما .

قال في التذكرة: ولابدفيه من صيغة دالة على الايبجاب والقبول، فيقول الكفيل: كفلت لك بدن فلان، أوأنا كفيل باحتاده، أو كفيل به أو بنفسه ،أو ببدنه. أو بوجهه او برأسه ، لان ذلك يعبر به عن الجملة و حينتذ فلابد من وقوعها بين اثنين ، وهما الكفيل والمكفول له ، ولابد من رضاهما .

⁽۱) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٩ ح ١

⁽٢) الفقيه ج ٣ ص ٥٥ ح ٦

⁽٢) القفيه ج ٣ ص ١٠٣ ح ٦٧

⁽٤) التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ٩ والروايات في الوسائل ج١٣ ص ١٥٤ الباب ٧

أما الكفيل فلانه ملتزم للحق ، وهوغير صحيح الابرضاه ، وأما المكفول له فلا نه صاحب الحق ، فلايجوزالزامه شيئا الابرضاه ، وبهما يتم العقد .

و أما المكفول فالمشهور أنه لايعتبر دضاه ، لوجوب العضور عليه متى طلبه صاحب الحق وان لم يكن ثمة كفالة ، والكفيل انفا هو بمنزلة الوكيل حيث يأمره المكفول له باحضاره ، فغاية الكفالة هي حضور المكفول حيث يطلب .

وظاهر العلامة في التذكرة الأجماع على ذلك ، حيث قال: تسح الكفالة وان كرهها المكفول عند علمائنا ، مع أنه نقل غير واحد من أصحابنا عن الشيخ في أحد قوليه (١) أنه يشترط رضاه ، وقو اه هوأيننا في التحرير ، وبهقال ابن ادريس أيننا ، ونقل عنهم الاحتجاج على ذلك بأنه اذا لم يأذن فيها أو يرضى بها لم يلزمه المحضور مع الكفيل ، فلم يتمكن من أحضاره ، ولا تصح كفالته لانها بغير المقدور عليه ، وهذا بخلاف الضمان ، لامكان تأديته من مال غيره بغير اذنه ، ولايمكن أن ينوب عنه في الحضور .

ورد ذلك بأن مدادهذا الاستدلال على عدم وجوب الحضور معه بغير دخاه ، وهو ممنوع، لان المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور وان لم يكن مكفولا كما قدمنا ذكره ، وهوممالا خلاف فيه ، والغرض من الكفالة له داجع الى التزام الكفيل باحضاره متى طلبه المكفول له ، و متى ثبت وجوب الحضور عليه بعد الطلب وان لم يكن مكفولا، فانه لا يبجب فى صورة الكفالة أيضاً ، لان الكفيل انما هو بمنزلة الوكيل فى طلب الاحضاد ، و بالجملة فضعف القول المذكور أظهر من أن يخفى على الناظر . والله العالم .

الثانى ـ المشهور بين الاصحاب (دضوان الله عليهم) أن الكفالة تسح حالة و مؤجلة ، للاصل ، ولان المحضور حق شرعى فلايمنعه الحلول ، و منع الشيخ في

⁽۱) قال في المبسوط: اذا تكفل دجل ببدن دجل لرجل عليه مال او بدعي عليه مالا يصح الا انها لا تصح الا باذن من يكفل عنه و تبعه ابن البراج ، وابن حمزة و ابن ادديس ، قال في المختلف: ولم يشترط باقي علما تناذلك ، وهو المعتمد ، لنا الاصل ولانه لا يشترط دضاه في كفالة المال ، فكذا البدن ، انتهى . منه رحمه الله .

النهاية والشيخ المفيد الكفالة الحالة ، قالا : لا يصحضمان مال ولا نفس الا بأجل معلوم ، وتبعهما ابن حمزة ، وهو الظاهر من كلام السلاد ، ولابن البراج قولان ، وسوغ في المبسوط الحالة ، و به قال ابن ادريس وجملة المتأخرين لما تقدم .

ثم انه متى اشترط الاجل وجب أن يكون معلوماً كما في غير هذا الموضع لما في البهالة من الغرد ، اذ ليس له وقت يستحق المطالبة فيه كغيره من الاجال ولا خلاف في ذلك الالبعض العامة ، حيث جو ذ أن يكون الأجل هنا مجهولاً ، لا شتمال الكفالة على التبرع فيتسامح فيها كالعارية .

ورد بأن العارية غير لازمة فلايقدح فيها الأُجل المجهول، لجواذ المطالبة بالمستعار في الأُجل وان كان معلوماً .

الثالث للمكفولله مطالبة الكفيل با صنار المكفول عاجلاً ان كانت الكفالة مطلقة أو معجلة ، وبعد الأجل ان كانت مؤجلة ، فان أحضره وسلمه فقد برىء ، وإلا وجب حبسه حتى يعضره أو يؤدى ماعليه ، كذا ذكره بعض الأصحاب .

والذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذا الحكم مارواه ثقة الاسلام في الكافى عن عماد (١) في الموثق عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال: أتى امير المؤمنين (عليه السلام) برجل تكفل بنفس رجل فحبسه وقال أطلب صاحبك ».

ورواه الشيخ في التهذيب عن عمّار بن مروان (٢) عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام مثله .

وما رواه الشيخ في التهذيت عن اسحاق بن عمنار (٣) عن جعفر عن أبيه (عليهماالسلام) أن علياً (عليهالسلام) أتى برجل كفل برجل بعينه فأخذ بالمكفول فقال: احبسوه حتى يأتى بصاحبه ».

ومارواه في الفقيه عن سعد بن طريف عن الاصبغ بن تباته ا(٤) د قال : قضى امير المؤمنين (عليه السلام) في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس ، وقال له : أطلب

⁽۱) الكافي ج ه ص ه ۱۰ ح ٦

⁽٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٩ ح ٤ و ٣

⁽٤) الفقيه ج ٣ ص ٥٥ ح ١ وهذه الروايات في الوسائل ج١٣ ص١٥٦ الباب٩

صاحبك ، وقضى (عليه السلام) أنه لا كفالة في حد ، .

وفى كتابالغقه الرضوى (١) على ما نقله عنه فى كتاب بحارالانوار روىاذا كفل الرجل بالرجل حبس الى أن يأتى بصاحبه .

أقول: و هذه الاخباد على تعددها لم يتضمن أذيد من حبسه حتى يعضر المكفول، والاسحاب (رضوان الله عليهم) قد قيددا التسليم بكونه تسليماً تاماً، بمعنى أنه لو اشترط الوقت والمكان فى العقد فلابد من أن يكون التسليم فى ذلك الوقت وذلك المكان المشترطين، والالم يكن تسليماً تاماً، وتحوهما فى بلد العقد ولومع الاطلاق، لاتسراف الاطلاق اليه عندهم، وأن لا يكون للمكفول مانع من تسليمه، بأن يكون فى يد ظالم أو متغلب يمنعه منه، أو فى حبسه، او يكون المكفول له ضعيفاً لا يتمكن من وضع اليد عليه وتحو ذلك، فاذا سلمه كذلك كان تسليماً تاماً موجباً لبرائته وخلو عهدته.

ولولم يتسلمه المكفول له والحال هذه قيل: سلّم الى الحاكم ان أمكن، و بسر أيضاً، وان لم يمكن أشهد عدلين باحضاره الى المكفول له و امتناعه من قبضه، وقيل بالاكتفاء بالاشهاد بدون التسليم الى الحاكم وان قدر عليه، لان مع وجود صاحب الحق لايلزم دفعه الى من ينوب عنه من حاكم وغيره.

وعندى أيضاً فى وجوب الاشهاد نظر ، لعدم الدليل عليه فى المقام : كما أنه لادليل على التسليم للحاكم أيضاً الأأنيراد بذلك برائة الذمة عن المطالبة بالاحضاد مرة أخرى ، والا فهو فى حد ذاته من غير ملاحظة ذلك لاوجه له فى كـل مـن الموضعين ، هذا ما يتعلق بالكفيل اذا سلم .

أما لوامتنع التسليم فقد عرفت من الأخبار المتقدمة أن للحاكم حبسه حتى يحضره، وله عقوبته عليه كما في كل ممتنع عن أداء الحق.

وفيه أن غاية مادلت عليه الاخبار المتقدمة هوالحبس حتى يعضره، وهــذا كاف في عقوبته فلا معنى لعقوبته ذيادة على ذلك ، لعــدم الاذن فيه شرعاً ثــم انهم

⁽١) المستدرك ج ٢ ص ٤٩٨

ذكروا أنه ان سلمه بعد ذلك فلا كلام ، وان أبى وبذل ما عليه فقد صرح الشيخ : وجمع منهم المحقق فى الشرايع وغيره كما قدمنا الاشارة اليه ببرائة نعته من الكفالة لعصول الغرض من الكفالة .

ورد بأنه على تقدير تمامه انما يسح فيما يمكن أخذه من الكفيل كالمال، ولولم يكن كذلك كالقساس و زوجية امرأة والدعوى بعقوبة توجب حداً، فلا بد من احتاره.

وذهب جمع من الاصحاب منهم العلامة في التذكرة الى أنه لايتعين على المكفول له قبول الحق ، بل له الزامه بالاحتار مطلقا ، وهذا هو ظاهر الاخبار التي قدمناها ، كما أشرنا اليه ذيلها ، و أصحاب هذا القول على الماذكروم بعدم انعصار الاغراض في أداء الحق ، وقد يكون له غرض لايتعلق بالاداء ، أو بالاداء من الغريم لامن غيره ، وخصوصاً فيماله بدل ، فانه بدل اضطرارى ، لاعين الحق الذي يتعلق الغرض غالباً بحصوله .

وانت خبير بما في هذا التعليل العليل من تطرق المناقشة ، فان البناء على هذه الاغراض انما يصح فيما لوكانت حقوقاً شرعية لامجرد التشهى ، والكفالة انما وقعت وترتبت على حق شرعى .

والاظهر في التعليل انما هو الوقوف علىظاهر الاخبار المتقدمة ، حيثأن ظاهرها المتصادالحق في احتاد المكفول ، وأنه لاتبرى والذمة الاباحتاده ، وقبول ما بذله عنه من المال المطلوب عنه على تقدير كون متعلق الكفالة المال انما هي معاملة أخرى بمنزلة السلح ، يتوقف على دضى الطرفين .

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه لو تراضيا على قبول المال كما ذكرنا فبذله الكفيل وقبله المكفول له ورضى به عن حقه الذى تعلقت به الكفالة ، فهل يرجع بما دفعه على المكفول عنه ؟ قالوا : ان كان قد كفل باذن الغريم ، أو أدى باذنه وان كان كفل بغير اذنه فله الرجوع عليه ، وان انتفى الامران ، فان أمكنه احضاره فلم يعضره لم يرجع عليه ، وكذا ان كفل بغير اذنه ، وأدى بغير اذنه مع تمكنه من مراجعته ، لان الكفالة لم تتناول المال اختياداً فيكون كالمتبرع ، وان تعذر عليه احضاره رجع

عليه مع اذنه في الكفالة ، وفي رجوعه مع عسه نظر ، وظاهرهم أنه يرجع أيضاً كذا ذكره في المسالك.

و فيه أن ظاهر صدر كلامه أنه اذا كفل باذن الغريس فله الرجوع مطلقا ، وظاهر كلامه بعد ذلك أنه لايرجع مع الاذن في الكفالة الامسع تعذر الاحتار ، فلوأمكن الاحتادلم يرجع ، و هذا هوالادفق بقواعدهم ، لان الاذن في الكفالة انما يقتضى تسليم المكفول دون المال ، فمتى أمكن احتاده ودفع عنه المال والحال هذه ، فانه لامعنى لرجوعه به عليه ، لانه كالمتبرع كما تقدم . تعم لو تعذر الاحتاد أمكن ذلك لظهود المانع . والله العالم .

الرابع - قال الشيخ في النهاية : ومن ضمن غيره الى أجل وقال : ان لمآت به كان على كذا و حضر الاجل لم يلزمه الا احتاد الرجل ، فان قال : على كذا الى كذا ان لم أحضر فلانا ثم لم يعضره وجب عليه ماذ كره من المال .

وقال ابن حمزة ان قدم ضمان المال على الكفالة ، وعجز عن التسليم يلزمه المال ، وان قدم الكفالة على ضمان المال لزمه احضاره دون المال .

وقال ابن البراج: ان قال ان لم أحضره فى وقت كذا فعلى كذا ، فقد قدم ذكر الوقت وأخر ذكر المال لم يجب عليه اذا حضر الاجل الا احضاره دون المال، وان كان قال: على كذا ان لم أحضره فى وقت كذا فقدم ذكر المال وأخر ذكر الوقت، وجب عليه اذا حضر الاجل ولم يحضره لمال الذى ذكره.

وقال ابن ادريس : الفرق أنه ان بدأ بنمان المال ، فقال : على المال المعين الى كذا ان لم احضره ثم لم يحضره وجب عليه ماذكره من المال ، وان بدأ بضمان النفس، فقال: ان لم أحضره عند حلول الاجلكان على كذا ، وحضر الاجل لم يلزمه الا احضاد الرجل دون ماذكره من المال ، لا نه بدأ بضمان النفس قبل المالوافتر ق الامران .

وقال ابن البعنيد: اذا قال الكفيل لطالب الحق: مالك على فلان فهو على دونه الى يوم كذا، وأنا كفيل لك بنفسه صحالضمان على الكفيل بالنفس، وبالمال ان لم يؤد المطلوب الى الطالب الى ذلك الاجل وسواء قال له عند الضمان: ان لم يألك به أولم يقل ذلك، قان قدم الكفالة بالنفس، وقال أنا كفيل لك بنفس فلان

الى يوم كذا ، فان جام بمالك عليه وهوألف درهم ، والا فأنا ضامن للالف ، مسحت الكفالة بالنفس ، وبطل الضمان للمال ، لان دلك كالقمار والمخاطرة ، وهو كقول القائل ان طلعت الشمس غداً فمالك على فلان غريمك وهوألف درهم على ، الذى قد اجمع علىأن الضمان لذلك باطل .

قال العلامة في المختلف : وعندى في هذه المسئلة نظر ، ثمقال : وقول ابن الجنيد أنسب . (١)

أقول: والاسل في هذه المسئلة ما رواه ثقة الاسلام في الكافي و الشيخ في التهذيب عن أبي العباس (٢) في الصحيح دقال: قلت لابي عبدالله (عليه السلام): رجل كفل لرجل بنفس رجل فقال: ان جئت به والافعليك خمسمائة درهم، قال: عليه نفسه، ولاشيء عليه من الدراهم، فان قال: على خمسمائة درهم ان لم أدفعه اليك قال: تلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه هكذا في رواية الكافي، وفي رواية الشيخ في التهذيب هكذا عن الخبر.

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن أبي العباس (٣) في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام) دقال: سألته عن الرجل يتكفل بنفس الرجل الى أجل ، فان لم يأتبه فعليه كذا وكذا درهما ، قال: ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال، وهو كفيل بنفسه أبداً الا أن يبدأ بالدراهم ، فان بدأ بالدراهم فهولها ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذى أجله » .

وقدأطال شيخنا الشهيدالثاني في المسالك الكلام في هذه المسئلة بنقل ماوقع

⁽١) قال في المسالك بعد أن نقل عن العلامة في هذه المسئلة قولا غريباً نقله عن ابنه فخر المحققين : وقد صار للعلامة وحده في هذه المسئلة أربعة أقوال ، هذا أحدها ، والثاني قوله في القواعد بلزوم المال في الثانية مطلقاً ، والثالث في التحرير والتذكرة بلزوم المال ان لم يحضره ، والرابع في المختلف مذهب ابن الجنيد وهو قول يحتاج تقريره مع تطويل فاعرضنا عنه هنا ، انتهى . منه رحمه الله .

⁽۲) الکافی ج ه ص ۱۰۶ ح ۳ ــ التهذیب ج ۲ ص ۲۱۰ ح ۱۰

⁽٣) الفقيه ج٣ص ٤ ه ح ٤ و التهذيب ج٦ ص ٩ ٠ ٢ ح ه هما في الوسائل ج٣ ١ ص٥٧ ١ ح ٢٩١

فيها من الاقوال ، والمناقشة في كل منها، ووجه الاشكال في الخبرين المذكورين، وخروجهما عن مقتنى القواعد.

و نعن نذ كرهنا ملخص ذلك ليتضع به الحال ، ويظهر به ما في الخبرين المذكورين من الاشكال ، وذلك فانظاهر الخبرين الاشتمال على حكمين مختلفين ، ومسئلتين متغاير تين باعتباد الفرق بين تقديم الجزاء على الشرط ، وتأخيره عنه ، مع أن ذلك لامدخل له في اختلاف الحكم ، لان الشرط وان تأخر فهو في حكم المتقدم ، الا أن الجماعة جمدوا على النم ، ومع ذلك فان جملة منهم لم يقفوا على قيوده ، فان الشيخ والمحقق في الشرايع (١) والعلامة في الارشاد والقواعد ذكروا لزوم المال في المسئلة الثانية غير مقيد بقيد ، مع أنه مقيد في الخبرين بقوله في الأولى ان لم يدفعه اليه ، وفي الثانية بقوله ان لم يأت به الى الاجل الى آخر ، وكذلك الملامة في التحرير والتذكرة .

ثم ان جملة منهم جمدوا على النص ولم يلتفتوا الى تعليل فى دفع ما اشتمل عليه من المخالفة ، لمقتضى القواعد كما هو طريقة الشيخ فى النهاية ، ومنهم من التجاء الى أن الحكم فى المسئلتين اجماعى ، ومع ذلك فانه منصوص ، فلابمكن العدول عنه بمجرد التباس الفرق بين الصيغتين ، وعلى هذا بنى الشيخ ابن فهد فى المهنب ، وتبعه المحقق الشيخ على فى شرح القواعد .

وفيه نظر لعدم تحقق الاجماع المذكور (٢) ومنهممن اكتفى بمجر دالدعوى

⁽۱) قال في الشرايع : ولو قال : ان لم أحضره كان على كذا لـم يلزمه الا احضاده دون المال ، ولو قال : على كذا الى كذا ان لم أحضره وجب عليه ماشرط من المال . وقال في الارشاد : و لو قال : ان لم أحضره كان على كذا لزمه الاحضار خاصة ، ولو قال : على كذا الى كذا ان لم أحضره وجب المال ، انتهى . منه رحمه الله .

⁽٢) وتوضيحه أن أحداً لم يدع الاجماع في المسئلة ، والموجود كلامهم في المسئلة جماعة يسيرة من الاصحاب والباقون لم يتعرضوا للكلام فيها بالكلية مع أن العلامة كما نقدم نقل كلامه في المختلف وتنظر في ذلك ، ثم قال الى كلام ابن الجنيد المخالف لما ذكروه وقد عرفت أيضاً اختلاف قولى المحقق في الشرايع والتافع في ذلك ، فدعوى الاجماع والمحال كما عرفت مجازفة محضة . منه رحمه الله .

كابن ادريس على ما همدم فى كلامه ، وهو فرق بمجرد الدعوى لا يتحصل له فائدة ، ولهذا قال المحقق فى نكت النهاية فى رده : ان الشرط متقدم على المشروط طبعاً فلا عبرة بتأخره وضعاً ، ومنهم من علل ذلك بعلة ظنتها وافية بالمراد ، خالية عن الايراد ، كالشيخ (رحمة الله عليه) حيث ذكر أن السر فى لزوم المال اذا قدمه برائة نعمة المعنمون عنه ، فيمتنع الكفالة ، واذا قدم الكفالة كان السراد المتعقبلها لكونه معلقاً على شرط باطلاً ، ولمنافاة النمان صحة الكفالة وهذا السر الذى أظهره ناش من عبارة العلامة فى القراعد و الارشاد ، و المحقق فى الشرايع (١) حيث أطلقوا لزوم المال فى المسئلة الثانية ، وقد عرف مما قدمنا ذكره أنه فى الرواية مشروط بعدم احناده ، فتكون الكفالة أيضاً صحيحة ، و ان فأخرت عن ذكر المال .

هذا مع أنه مع تقديم المال قد جعل ضمانه مشروطاً بعدم احضاده ، فكيف يقال : سرائة نعة المضمون عنه حتى تمتنع كفالته ؟ وماهذا الا رجوع الى فرق ابن ادريس الذى لم يجد نقماً ، ومع تقديم الكفالة قد ذكر فى الرواية أنه ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال ، ومفهوم الشرط أنه ان لم يجى ؛ به لزمه المال ، فدل بمفهوم على خلاف ماذكره الجماعة ـ وأبدأوه من الفرق الاأن لا يقولوا بمفهوم الشرط .

أقول: لا يتخفى ان فهم هذا الحكم الذى ذكروه واختلفوا التفعى عن صحته من الرواية الاولى انما يتم على تقدير رواية الشيخ لها فى التهذيب كما تقدم ذكره وأما على رواية الكافى فان الظاهر أن القائل بقوله « ان جئت به والا فعليك خمسمأة درهم » انما هو المكفولله خاطب بذلك الكفيل ، كما هو ظاهر سياق الرواية ، وحينئذ فقوله (عليه السلام) : « عليه نفسه ولاشى عليه من الدراهم » ظاهر ، لان مقتنى الكفالة احنار المكفول خاسة ، وما اشرطه عليه المكفولله لغو من القول ، لاعبرة به ، ولا أثر يترتب ، و حينئذ فلا تكون هذه الرواية من

⁽١) وانهم ذكروا أنه مع تقديم ذكر الكفالة في العبارة ، فالواجب الاحضاد ، دون المال ، والرواية دلت بالمفهوم الشرطي على أنه انام يجيى ، بالرجل الى الاجل فعليه المال فاطلاق لزوم الكفالة بمجرد تقديمها في العبارة لاوجه له لما دل عليه النص من التفصيل في ذلك . منه رحمه الله .

المسئلة في شيء.

بقى قوله فى تتمة الرواية ، دفان قال ، يحمل على قول الكفيل ، بمعنى أنه ان قال ذلك وألزم نفسه العبلغ المذكور لزمه ان لم يدفعه ، وما ربما يقال : _ من أنه يخالف المشهور ، من أن مقتنى الكفالة أداء المال ان لم يحضر المكفول مردود بما قدمنا ذكره ، من أن غاية ما يفهم من أخبارها المتقدمة انما هو احضار المكفول خاسة ، غاية الامر انهما اذا اسطلحا وتراضيا بدفع المال سع ذلك ، والا فالحق الذي أوجبته الكفالة انما هو الاحضار خاسة .

نعم يبغى الاشكال بالنسبة الى الخبر الثانى ، قال فى الوافى ـ و نعم ماقال ، بعد ذكر الخبرين المتقدمين على الترتيب الذى قدعناه و نقله الرواية الاولى بما فى الكافى ـ ما لفظه : بيان الفرق بين الصيغتين فى الخبرين غير بين ولا مبين ، وقد تكلف فى ابدائه جماعة من أصحابنا بما لا يسمن و لا يغنى من جوع ، سوئاً لهما من الرد ، وقد ذكره الشهيد الثانى فى شرحه للشرايع ، من أداد الوقوف عليه وعلى ما يرد عليه فلير جمع اليه ويخطر بالبال أن مناط الغرق ليس تقديم الشرط على البحزاء وتأخيره عنه ، كما فهموه ، بل مناطه ابتداء الكفيل بنمان الدداهم من قبل نفسه مرة ، والزام المكفولله بذلك من دون قبوله أخرى كما هو ظاهر الحديث الاول والحديث الثانى ، وان كان ظاهره خلاف ذلك الا أنه يجوز حمله عليه ، فان قول السائل د فان لم يأت به فعليه كذا > (١) ليس صريحاً فى أنه قول الكفيل ، وعلى تقدير ابائه عن هذا الحمل يحمل على وهم الرادى ، أو سوء تقريره ، فان صدر وعلى تشخير بن واحد ، والسائل فيهما واحد ، هذا على نسخة الكافى كما كتبناه .

وأما على نسخة التهذيب الذى نشأت فيها تكلفات الاسحاب فلايتأتى هذا التوجيه ، فان الحديث فيه هكذا «رجل تكفل لرجل بنفس رجل ، فقال : انجئت به والافعلى خمسائة درهم الحديث، والظاهرأنه من غلط النساخ والعلم عندالله أنتهى. أقول : بل الظاهر انه من سهوقلم الشيخ ، فانه لا يخفى على من نظر الكتاب

⁽١) الأظهر في العبارة ان تقول الزام المكفولله الكفيل بذلك من دون قبوله ، ولعله سقط من النسخة التي عندنا . منه رحمه الله .

المذكور بعين التأمل، فانه قلما يخلوحديث من أحاديثه من التغيير أوالتبديل أو التحريف في السند أو المتن. والله العالم.

الخامس من قالوا: من أطلق غريماً من يد صاحب الحق قهراً ضمن احضاده أوأدا ماعليه ، ولوكان قاتلاً لزمه احضاده أودفع الدية . والوجه في وجوب الاحضاد في كل من المسئلتين أنه باطلاقه الغريم قهراً غاصب ، فعليه ضمان ماغصبه باحضاده، لان اليد المستولية يد الشرعية مستحقة وبه يتحقق الغصب، و يبتنى عليه الضمان بالاحضاد.

وأما الوجه في أداء ما عليه في المسئلة الاولى فاتهم عللوم بأنه باطلاقه لـ غسباً فاللازم لـ اما ارجاعه وتسليمه ، أوأداء ما عليه مـن الحق الذي بسببه ثبتت اليد عليه .

والظاهر أنه يبنى على ما تقدم في الكفيل الممتنع من الاحنار وتسليم المكفول، فان قلنا بالتخيير بين الاحنار ودفع ماعليه ثم ماذكروه هنا، و الظاهر أن القائل به هنا بني على ذلك في تلك المسئلة.

وان قلنا: بأن الحق الذي اقتضته الكفالة انما هو الاحضار خاصة والرضى بما عليه معاملة أخرى ، تتوقف على التراضى لم يتجه ماذكروه هنا من التخيير ، وبالنسبة الى دفع الدية في المسئلة الثانيه هو الحيلولة أيضاً بينه وبين غريمه .

ولكن الظاهر تقييد ذلك بعدم التمكن من احضاره وان كان ظاهر كلامهم الاطلاق، ولم أقف في المقام على خبر الا مارواه تقة الاسلام في الكافي عن حريز (١) في المستبع عن أبي عبدالله (عليه السلام) ، قال: سألته عن رجل قتل رجلا عمداً فر فع الى الوالى فدفعه الوالى الى أولياء المقتول ليقتلوه، فو تب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أبدى الاولياء، فقال: أرىأن يحبس الذين خلصوا القاتل من أبدى الاولياء حتى يأتوا بالقاتل، قيل فان مات القاتل وهم في السجن، قال: فان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً الى أولياء المقتول».

وهذا الخبر كماتر ىظاهر الدلالة ، في أن حكم المسئلة الثانية انماهو حبس من أطلق للقاتل حتى يعضره ، ولاتعرض فيه لما ذكروه من التخيير بين احضاره ،

⁽۱) الكافي ج٧ ص٧٨٦ ح١ _ التهذيب ج١٠ ص٧٢٧ ح٨ _ الققيه ج٤ ص٨٠ ح١٥ الرسائل ج ١٩ ص ٢٤: الباب١١

في حكم اطلاق الغريم من يد صاحب الحق

وبين دفع الدية والامام (عليه السلام) انما أوجب عليه الدية بعد موت القاتل وعدم احضاره ، فهو ظاهر في أنه مع حيوة القاتل فليس الحكم الا احضاره وتسليمه الى أولياء الدم ، وهومو افق لما تقدم من أخباد الكفالة من حيث أن مقتضاها انما هو احضاد المكفول ، دون أداءما عليه كما ادعاه جملة منهم .

ومنه يفهمأيناً حكم المسئلة الاولى ، وأن الحكم فيها انما هو احناره لاأداء ماعليه ، لان مرجع المسئلتين الى أمر واحد ، وهومن أطلق من عليه حق من يد ، وأن غريمه قهراً ، فانه يضمنه ، ويجب عليه احضاره وتسليمه لمن أخذه من يد ، وأن للحاكم أن يحبسه كما يحبس الكفيل حتى بعضره .

بقى الكلام فى أنهم قالوا فى المسئلة الاولى: وحيث يؤحذالمال لارجوع له على العزيماذالميأمره بدفعه، اذلم يعصل من الاطلاق ما يقتنى الرجوع، وهو جيد لوثبت جواز أحذ المال، الاأنه لادليل عليه كما عرفت.

وقالوا فى الثانية: لافرق بين كون القتل عمداً وغيره، اذالقصاص لايبجب الا على المباشر، فاذا تعذر استفاؤه وجبت الدية، كمالوهرب القاتل عمداً أومات، ثم ان استمر القاتل هارباً ذهب المال على المخلص، وان تمكن الولى منه وجب عليه رد الدية الى الفارم وان لم يقبض من القاتل، لانها انماوجبت لمكان الحيلولة وقد ذالت، وعدم القتل الان مستند الى اختيار المستحق (١).

أقول: وفي هذاأيضاً ما في سابقه ، فان وجوب الدية على المخلص انما ثبت في صورة موت القاتل خاصة ، كماعرفت من الخبر المتقدم ، بمعنى أن المخلص له لم يسلمه حتى مات ، والافمع حياته فالحكم انما هـو احضاره ، فيحبس المخلص له حتى يحضره .

⁽١) بمعنى أنه بعد الهرب أخذ الولى الدية من المخلص فان استمر على هربه ذهب مادفعه المخلص، وان تمكن منه الولى فلاديب في دده الدية اذا اختار القصاص، وكذا يجب عليه ردها لو لم يتخير القصاص، لانه انها أخذها من حيث الحبلولة، وقد سقطت بعد رؤيته فيرجع بالدية على القاتل، ويجب ردها على المخلص، هذا حاصل كلامه، وفيه ماعرفت في الاصل. منه رحمه الله.

فقوله « انه مع تعذر استيفاء القصاص يبجب الدية ، كما لو هرب القاتل عمداً أو مات ، مسلم بالنسبة الى الموت خاصة ، دون الهرب ، فانه لادليل على أخذ الدية في الصورة المذكورة ، وبه يظهر ما في تفريعه على ذلك بقوله « ثم ان استمر القاتل هارباً » الى آخره .

وقالوا أيضاً لوكان تخليص الغريم من يدكفيله وتعذر استيفاء الحق من قصاص أو مال و أخذ المال أو الدية من الكفيل كان له الرجوع على الذى خلصه لعين ماذكر في تخليصه من يد المستحق.

وفيه أيضاً ما عرفت من أن الواجب بمقتضى النصوص فى هذه الصورة انما هو حبس المخلص حتى يحضر الغريم الذى خلسه ويدفعه الى الكفيل، ثم ان الكفيل بيدفعه الى المكفول له ، وليس على الكفيل أن يغرم المال كما ادعوم ، حتى أنه يرجع به بعد ذلك على الذى خلسه .

نعم قد ورد ذلك كما عرفت في صورة موت الغريم ، ويحتمل قريباً اجرائه في كل موضع تعذر فيه تحصيل الحق من الغريم ، لا مطلقاً كما ادعوه ، وقد تقدم في الموضع الثالث ان الواجب على الكفيل بمقتضى الاخبار المذكورة ثمة انما هو الاحتاد خاصة دون أدام ما على الغريم .

وبالجملة فان كلامهم في هذا المقام كله مبنى على وجوب الاداء على الكفيل في الكفالة ، والمخلّص في صورة هذا الموضع ، وقد عرفت مافيه ، وأنه مع عدم الدليل عليه مدفوع بالاخبار الواددة ثمة وهنا أيضاً . والله العالم .

السادس الطاهر أنه لاخلاف بينهم في وجوب كون المكفول معيناً ، فلو قال : كفلت بزيد او فلان ، وكذا لو قال : كفلت بزيد او فلان ، وكذا لو قال : كفلت بزيد فان لم آت به فبعمر و ، لاشتراك البجميع في البجهالة ، وابهام المكفول فتبطل لان الغرض من الكفالة هو وجوب احضار المكفول متى طلبه المكفول له واذا لم يعلم المكفول بعينه لم يستحق المطالبة باحضاره .

وفي الصورة الثالثة ما يوجب البطلان _ زيادة على الجهالة _ من تعليق كفالة عمر و على شرط، وهو عدم الاتيان بزيد فتبطل من هذا الوجه أيضاً ، وكفالة زيد

ليست متعينة ، لان الكفيل جعل نفسه في فسحة باحشار عبرو ان اختار ، فيرجع الى الابهام كالسابق ، هكذا قرروه .

والتحقيق أن يقال: ان الكفالة من العقود اللازمة الموجبة لاشتغال الذمة فيجب الوقوف فيها على ماورد به الشرع، وقرره من المواضع التي تتحقق فيه، وهو ما اذا كان المكفول متعيناً معلوماً، وأما ماعداه فلا يصح، لعدم الدليل عليه.

السابع: قال الشيخ في المبسوط: اذا تكفل مؤجلا صع، فان أحضره قبل الاجل و سأله تسلمه نظر، فان كان لاضرد عليه لزمه تسلمه، وان كان عليه ضرد لم يجب، وتبعه ابن البراج على ذلك.

و المشهور بين المتأخرين وبه صرح المحقق و العلامة و غيرهما هو عبم الوجوب، لانه غير التسليم الواجب، حيث أن وجوب مشروط بحلول الاجل، فحقه مخصوص بحلول الاجل، فلايجب أن يقبض غير حقه ولايعتديه.

و مثله ما لو شرط تسليمه في مكان او قلنا باقتمناء الاطلاق الانسراف الى موضع العقد ، فسلمه في غيره وان انتفى الضررأو كان أسهل ، كذا قالوا ، ولوسلمه الكفيل الأأن المكفول له لايمكنه تسلمه وقبضه ، لكونه ممنوعاً بيد قاهر لم ببرأ الكفيل ، لان براءته مشروطة بالتسليم التام كما تقدم بيانه في الموضع الثالث ، فلا بعتبر بالتسليم الممنوع معه من استيفاء الحق بقاهر أوغيره .

و لو كان في حبس الحاكم الشرعي لم يمنع ذلك تسليمه، للتمكن من استيفاء الحق ، بخلاف ما اذا كان في حبس الجائر ، و الفرق بينهما واضح في الاغلب ، فان الحاكم الشرعي لا يمنع من احضاده ومطالبته بالحق ، بخلاف الجائر، فانه قد يمنع ، فلابد من التقييد بمنعه ، و الا فلو فرض أن المكفول له قادد على تسلمه من حبس الجائر ، لصحبة كانت بينه وبينه ، أوقوة المكفول له أو نحوذلك، فانه في قوة عدم الحبس بالكلية ، و الاصحاب انما أطلقوا الحكم بناء على الغالب من عدم تسلمه تاماً لو كان في حبس الجائر .

ثم انه لو كان في حبس الحاكم الشرعي فطلبه الكفيل من الحاكم أمر المحاكم باحضاره، و حكم بينهما فان انفصلت الحكومة بينهما رده الى الحبس

بالحق الاول ، ولو توجه عليه حق يوجب الحبس حبسه أيضاً بالحقين مماً ، وتوقف فكه على خلاصه من الحقين معاً .

الثامن ـ المشهورفي كلام جملة منهمأنه اذاتكفل بتسليمه في موضع معين وجب عملا بالشرط ولايبر ، بالدفع في غيره .

وقال الشيخ في المبسوط: آذا تكفل على أن يسلمه اليه في موضع ، فسلمه في موضع آخر ، فان كان عليه مؤنة في حمله الى موضع التسليم لم يلزم قبوله ، ولا يبر الكفيل ، وان لم يكن عليه مؤنة ولا ضرد لزمه قبوله ، كما ذكرنا في الاجل سواء وتبعه ابن البراج في ذلك .

وردالاصحاب بماردوا به قوله في سابق هذا الموضع من أن حقه انما هو في ذلك الموضع المشترط، فلا يبجب عليه القبول في غيره ، لانه ليس حقه ، وأما اذا تكفل بتسليمه مطلقاً ولم يعين موضعاً فظاهرهم أن الاطلاق ينصرف الى بلد العقد ، لائه المفهوم ، وقد تقدم الكلام في ذلك في فسل السلم في كتاب البيع (١) ويشكل ماذكروه بما لوكان محل العقد مكاناً لارجوع لهما اليه كبرية أوبلد غربة ، يقصدان مفارقته، وحو ذلك ، الا أن تدل القرائن على استثناء مثل ذلك ، وخروجه عن الاطلاق.

و نقسل فى المنتلف عن الشيخ فى المبسوط: أنه اذا أطلق موضع التسليم وجب التسليم فى موضع الكفالة ، ثم نقل عن ابن حمزة أنه يلزمه التسليم فى دار المحاكم أو موضع لايقدد على الامتناع ، وردر قال: لنا انه اطلاق لموضع التسليم فتعين موضع العقد كالسلم ، و لعدم أولوية بعض الامكنة .

التاسع - اذاكان المكفول غائباً ، والكفالة حالة أو مؤجلة ، وحل الاجل وهوغائب ، فانكان الفائب من يعرف موضعه ولم ينقطع خبره انتظر بقدر ما يمكن الذهاب اليه والعودبه ، وان لم يعرف له خبر ولاموضع وسادمفقود الخبر لم يكلف الكفيل باحضاده ، لتعذره و عدم امكانه ، ولا شيء عليه ، لانه لم يقسر في الاحضاد ليؤخذ بالمال ، كما ذكره جملة منهم ولم يضمن المال ، فلا يتعلق به شيء .

العاشر - قال الشيخ في المبسوط: اذا تكفل رجلان بيدن دجل لرجل ، فسلمه

⁽۱) ج ۲۰ س ۳۱ .

أحدهمالم يبر الاخر، لانه لادليل عليه، ولتغاير الحقين، وتبعه ابن حمزة وابن البراج. والمشهود في كلام المتأخرين برائة الاخر، لان المقصود تسليمه له و قد حصل، بل لو سلم نفسه أو سلمه أجنبي برى الكفيل من الكفالة، لحصول الغرض فكيف مع تسليم أحد الكفيلين ـ فانه أولى.

وتظهر القائدة لو هرب بعدالتسليم الاول، فعلى المشهود لاحق للمكفول له، وعلى قول الشيخ ومن تبعه له الرجوع على الكفيل الثانى ، لبقاء حقه عليه ، ثم انه على تقدير القول المشهود هل يشترط فى تسليم أحد الكفيلين وحده قصد تسليمه عنه وعن شريكه؟ أم يكفى الاطلاق؟ بل يكفى تسليمه عن نفسه احتمالان : و يأثى مثلهما فيمالوسلم نفسه أوسلمه أجنبى، ويأتى مثله أيضاً فى وجوب قبول المكفول له وقبضه عمن لم يسلم ، اذلم يبجب عليه قبول الحق ممن ليس له عليه أو بدله ... ومن حصول الغرض وهو التسليم .

ولو انعكس الفرض بأن تكفل رجل لرجلين برجل ، ثم سلمه الى أحدهما لم يبر من الاخر عند الاصحاب ، قالوا : والفرق بين هذه الصورة وسابقتها _ بناء على القول المشهور من براءة البحميع _ حوأن عقد الكفالة في هذه الصورة وقمع مع اثنين ، فهو بمنزلة عقدين ، كمالو تكفل لكل واحد منهما على انفراده ، وكما لوضمن دينين لشخصين ، فأدى أحدهما ، فانه لا يبر من دين الاخر .

أقول: والاظهر في التنظير انماهو كالمال المشترك بين اثنين في نمة آخر ، فانه لا يبرى و بالدفع الى أحد الشريكين، الأأن يكون وكيلاعن الاخر في القبض ، فيكون المتسلم هنا أصالة من نفسه ، ووكالة عن الاخر. بخلاف السورة السابقة ، فان الفرض من كفالتهما احداده ، وقد حصل و ان كان بفعل أحدهما فتبطل الكفالة لحصول الفرض منها .

الحادى عشر ـ لو قبال الكفيل: أبرأت المكفول، فانكر المكفول له، فان كان للكفيل بيئة تثبت دعواه فلا اشكال، وان لم تكن بيئة فاليمين من طرف المكفول له فاما أن يحلف على بقاء حقه أويرد اليمين على الكفيل،

فان حلف برأ من دعوى الكفيل عليه ، و تثبت الكفالة ، ثم ان جاء الكفيل بالمكفول فادعى البرائة أيضاً لم تكف اليمين الاولى التي حلفها المكفول له للكفيل ، بل عليه له يمين أخرى ، لانها دعوى ثانية لانعلق له بالدعوى الاولى ، فان الدعوى الاولى فى ثبوت الكفالة وعدمها ، وان لزمها برائة المكفول لوثبت ، والدعوى الثانية فى ثبوت الحق وعدمه .

وان ردالمكفول له اليمين على الكفيل فحلف برأ من الكفالة ، ولايبر م المكفول من المال ، وانكان اللازم من يمينه ذلك ، الأأن الدعويين مختلفان ، ولان الانسان لايبر عبيمين غيره .

نعم في صورة الدعوى بين المكفول والمكفولله لوحلف المكفول اليمين المردودة عليه بأنه برى النمة من دعوى المكفول له برأ المكفول والكفيل، لانه متى ثبت بها برائة الذمة بطلت الكفالة ، وان كان قد حلف المكفول له للكفيل اولا على عدم الابراء ، لسقوط الحق بيمين المكفول وتصير في حكم مالوأدى الحق فتبرى و نعته ، و تبطل الكفالة كما ذكر تاه .

الثاني عشر - قالوا : اذا مات المكفول برأالكفيل ، وكذالو جاء المكفول وسلم نفسه الى المكفول له .

أقول: أما الحكم الاول فوجهه واضح، لان متعلق الكفالة النفس وقدفاتت بالموت، والاحتادالمذكور فى الكفالة انما ينسرف الى حال الحيوة، لانه الفرد الشايع الذى يترتب عليه الاحكام فيحمل عليه الاطلاق.

قال: بعض محققى متأخرى المتأخرين ، وكأنه مجمع عليه بين الاصحاب والغرض من ذكره انماهوالرد على بعض العامة ، حيث أوجبوا المال على الكفيل، الأنهقال في المسالك: هذا كله اذالم بكن الغرض الشهادة على صورته ، والاوجب احضاره ميتاً مطلقا ، حيث يمكن الشهادة عليه بأن لاتكون قد تغيرت بحيث لا تعرف، ولافرق في ذلك بين كو بهقد دفن وعدمه ، لانذلك مستثنى من تحريم نبشه . انتهى .

أقول: ما ذكره من الفرع المذكور قد نقله العلامة في التذكرة عن بعض الثافعية ، ورده ، ولا بأس بنقل ملخص كلامه في هذه المسئلة في الكتاب قال (قدس سره)

اذا مات المكفول بـ بطلت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا ، ثـم نقل ذلك عن جملة من علماء العامة ، ثم نقل عن جملة منهم القول بوجوب المال على الكفيل ، معللين ذلك بأن الكفيل وثيقة على الحق ، فاذا تعذر استيفاء الحق ممن عليه استوفى من الوثيقة كالرهن .

ثم رده بالفرق بين الموضعين المذكورين ، ثم قال : وقال بعض الشافعية : لا تبطل الكفالة ، ولا ينقطع طلب الاحتاد عن الكفيل ، وهوأسح قولى الشافعية عندهم ، بل عليه احتادهما لم يدفن وقلنا بتحريم النبش لاخذالمال اذاأراد المكفولله اقامة الشهادة على صورته ، كما لو تكفل ابتداء ببدن الميت .

ثم ردهباً تهليس بجيد ، قال : لان الكفالة على الاحتاد انما يفهم منها احتاده حال الحيوة ، وهو المتعادف بين الناس والذي يخطر بالبال، فيحمل الاطلاق عليه. ويمكن كما احتمله بعض المحققين حمل كلامه في المسالك على ما اذا اشترط احتاده ميتاً لاجل الاشهاد في عقد الكفالة .

وأما الحكم الثانى فالظاهر أنه لااشكال فى صحته ، وبرائة الكفيل لوسلم نفسه تسليماً تاماً ، لحصول الغرض به بأى نحوكان ، وقيده فى التذكرة بما اذا سلم نفسه من جهته لم يبرء الكفيل ، لانه لم يسلمه ، ولاأحد من جهته ، وأطلق فى موضع آخر من الكتاب البراثة كما هوظاهر عبائر كثير من الاصحاب ، وهو الاظهر .

قال في المسالك: وهوأجود، وبه جزم المحقق الاددييلي (قدس سره) ولوسلمه أجنبي عن الكفيل فلاخلاف ولااشكال، ولولم يكن عنه فالوجهان المعتقدمان. و جزم في التذكرة هنا بالتفنيل، بأنة انكان عن الكفيل صح وبرئت ذمة الكفيل، والافلا، قال: لانهلا يبجب على المكفول له قبوله، الا أن يكون التسليم صادراعن اذن الكفيل، محتجاً بعدم وجوب قبض الحق الاممن هو عليه، لكن لوقبل برء الكفيل.

قال فــى المسالك ونعم ما قال : و في كل هذه الفروع نظــر ، واطلاق المصنف وجماعة يقتضي عدم الفرق ،ولعله أوجه .

وكلام التذكرة مختلف ، و سياقه يقتنى التفريع عند الشافعية ، وأن الايرتنيه ، الأأن عبارته وقعت مختلفة .

الثالث عشر قد صرح الاصحاب (دضوان الله عليهم) بترامى الكفالة ، كما تقدم مثله في الشمان والحوالة ، لانه لماكان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول وان لم يكن مالأصح كفالة الكفيل من كفيل ثان ، لان الكفيل الأولعليه حق المكفول له، وهو احضاد المكفول الاول ، وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل ، وهكذا في المرتبة الثالثة ومابعدها ، وهو المراد بالترامى ، الا أنه يتختلف حكم الاحضاد في هذه المراتب ، فانه متى أحضر الكفيل الاخير في هذه المراتب المتعدده مكفوله برعمن الكفيل الاخير في هذه المراتب وهكذا ، ولوأحضر الكفيل الاولمكفوله برعالجميع . لانهم فروع عليه ، وهكذا لوأحضر الكفيل الاولمكفوله برعالجميع . لانهم فروع عليه ، وهكذا لوأحض الكفيل الاولمكفول له الاول غريمه ، وهو المكفول الاول بسء عرفت ، وتحوذلك لوأبرء المكفول له الاول غريمه ، وهو المكفول الاول بسء عرفت ، وتحوذلك لوأبرء المكفول له الاول غريمه ، وهو المكفول الاول بسء جميع من تأخر عنه ، لز وال الكفالة بسقوط الحق بالابراء ، ولوأبرء بعض أصحاب جميع من تأخر عنه ، لز وال الكفالة ، بمعنى أنه أسقط عنه حق الكفالة ، برء كل من كان بعده دون من كان قبله .

ومتى مات واحد منهم بر عمن كان فرعاً عليه فبموت من عليه الحق يبرؤن جميعاً ، وبموت الثالث ومن بعده جميعاً ، وبموت الثالث يبر عالات ومن بعده دون من يكون قبله ، وهكذا بعد موت الثالث يبر عمن بعده ، ولا يبرىء الاولان ، كل ذلك لما عرفت من الفرعية في المتأخر ، فيسرى اليه الابراء دون المتقدم .

وقد تقدم في الضمان والحوالة وقوع الترامي والدور فيهما ، والترامي هنا قد عرفت صحته ، وأما الدور ، فانه لايصح هنا ، لان حضور المكفول الاول يوجب براءة من كفله كذا أفاده شيخنا الشهيد الثاني (عطر الله مرقده) في المسالك . والله العالم .

الرابع عشر _ لا يخفى أنه حيث أن الغرض من الكفالة احضار ذات المكفول، فالواجب في عقد الكفالة الاتيان بلفظ يدل على ذلك ، و لا خلاف ولا اشكال فيما

لو قال: كفلت لك فلاناً أو أنا كفيل به ، أو باحضاره ، وفي حكم لفظ ذاته ، لفظ نفسه وبدنه ، لان الجميع بمعنى واحد في العرف العام ، وان اختلفت تحقيقا في الحقيقة .

انما الكلام في مثل لفظ الرأس والوجه، بأن يقول: كفلت لك برأسه م أو بوجهه، فظاهر جملة من الاصحاب كالعلامة والمحقق وغيرهما، بل الظاهر أنه المشهور بينهم صحة الكفالة، لان هذين اللفظين مما يعبر بهما عن الجملة.

والحق بهما العلامة في التذكرة الكبد والقلب، وكل عنو لاتبغي الحيوة بدونه، والجزء المشاع كالثلث والربع، قال: لانه لايمكن احضار المكفول الا باحضاره كله، وتنظر في ذلك بعض محققي المتأخرين، قال: أما الاول فان العضوين المذكورين وان كانا قد يطلقان على الجملة، الاأن اطلاقهما على أنقسهما خاصة أيضاً شايع متعارف، ان لم يكن أشهر، وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح - مع الشك في حصول الشرط وأصالة البراءة من لوازم العقد غير واضح.

نعم لو صرح بارادة الجملة من الجزء اتجهت الصحة ، كارادة أحد معنيى المشترك ، كما أنه لو قصد الجزء بعينه لم يمكن الحكم بالجملة قطعاً ، بـل كالجزء الذى لايمكن الحيوة بدونه ، وبالجملة فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة تدل على أحدهما ، فعند ذلك لا يصح تعليل الصحة بأنه قديعبر بذلك عن الجملة .

وأما الثانى وهو الاجزاء التى لايعيش بددنها ومافى حكمها ، فلان احضاده وان كان غير ممكن بددنها ، الا أن ذلك لا يقتضى صحة العقد ، لان المطلوب من الكفالة هو المجموع ، أو ما يطلق عليه كما فى السابق على تفدير ثبوته .

أما اذا تعلق بيعضه فلادليل على صحته ، وان توقف احضاد الجزء المكفول على الباقى لان الكلام ليس فى مجرد احضاده ، بل فى احضاده على وجه الكفالة الصحيحة ، فو جوب احضاد مالا يتعلق به الكفالة يترتب على صحة كفالة الجزء الذى تعلقت به ، وذلك الجزء ليس هو المطلوب شرعاً بل فى الجملة ، فلا يتم التعليل ، ولا اثبات الاحكام الشرعية المتلقاة من الشرع بمثل هذه المناسبات ،

ولو جاز اطلاق هذمالاجز اعلى الجملة مجازاً لم يكن ذلك كافياً ، لكونه غير متعارف مع أن المتعارف ماقد سمعت ، وحينئذ فالقول بعدم الصحة أوضح .

وأما البحز الذى تبقى الحيوة بعد زواله ، ولايطلق عليه اسم الجملة كاليد والرجل فعدم السحة فيه أشد وضوحاً ، كما جزم به بعضهم ، واستشكل فيه فى القواعد مما ذكر ، ومن عدم امكان احضاده على حالته بددن الجملة ، فكان كالرأس اوالقلب ، ولا يبعد القول بالسحة لمن يقول بها فيما سبق وان كان الحكم فيه أضعف . انتهى كلامه (زيد مقامه) وهو جيد وجيه ،

أقول: لا يتخفى على من داجم كتاب التذكرة ، أن هذه الفروع وما وشحت به من التعليلات كلها من كلام العامة ، وقد تبعهم فيه أصحابنا ، واختلفوا باختلافهم وعللوا بتعليلاتهم ، وهكذا في جملة هذه الفروع الغريبة مما تقدم في الكتب المتقدمة ، وما يأتي كلها انما جروا فيها على نهج أولئك ، فانه لا يتخفى على من طالع مصنفات قدمائنا (رضوان الله عليهم) انهم لا يذكرون غير مجرد الاخباد ، وهذا التفريع وتكثير الفروع في الاحكام الشرعية مبدء كان من الشيخ بعماً لكتب المخالفين في مبسوطه وخلافه ، وتبعه من تأخر عنه نسأل الله عز وجل المسامحة لنا ولهم من ذلات الاقدام ، ومداحض الافهام . والله العالم بحقايق الاحكام ودوابه القائمون بمعالم الحلال والحرام .

كتاب الصلح

وهو عقد شرع لقطع التجانب، والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع. قال الله عز وجل(١) « وان امرأة خافت من بعلها نشوذاً أو اعراضاً فلاجناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » وقال عز وجل(٢) « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما » .

و روى في الكافي عن حفس ابن البخترى (٣) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : السلح جائز بين الناس » .

و روى فى الغفيه مرسلا (٤) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): « السلح جائز بين المسلمين الا سلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ،

وروى فى البحار (٥) نقلاً عن كتاب الامامة والتبصرة مسنداً عن مسعدة بن صدقة عن الصادق (عليه السلام) عن أبيه عن آبائه (عليهم السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله علمه وآله) الحديث .

⁽١) سورة النساء الاية ١٢٨

⁽٢) سورة الحجرات الآية ٩

⁽٣) الكافي ج ه ص ٢٥٩ ح ه

⁽١٤) القصيه ج ٣ ص ٢١ ح١

⁽٥) البحادج٣٠١-ص١٧٨-ح٧- والوسائلج٣١ص ١٦٦٤ الباب٣من كتاب الصلح .

وروى فى الكافى عن هشام بن سالم (١) فى المسحيح عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: لان أصلح بين اثنين أحب الى من أن أتصدق بدينادين

وعن المغمل (٢) « قال : قال أبو عبد الله (عليه السلام) : اذا رأيت بين اثنين من شيعتنا منازعة فافتدها من مالى » .

وعن أبي حنيفة سايق الحاج (٣) قال: من بنا المغنل وأناو ختنى تتشاجر في ميراث ، فوقف عليناساعة ثم قاللنا : تعالو اللي المنزل ، فأتينا فأسلح بيننا بأد بعمائة درهم ، فدفعها الينا من عنده حتى اذا استوثق كل واحد منا من صاحبه . قال لنا : أما أنها ليست من مالى ولكن أبو عبدالله (عليه السلام) أمرنى اذا تنازع رجلان من أصحابنا في شيء أن أصلح بينهما و أقتدى بها من ماله ، فهذا من مال أبي عبد الله (عليه السلام) ، الى غير ذلك من الاخبار الواددة في المقام ، وسيأتي شطر منها في بعض الاحكام .

وماذكرنا هنا من الايتين وبعض الاخباد وان لم يكن صريحاً في هذا العقد المخصوص الذى هو محل البحث في هذا الكتاب ،الاأنه صالح لشموله وادخاله في ذلك . اذا غرفت ذلك فالبحث في هذا الكتاب يقم في مطلبين :

الاول - في جملة من الاحكام، وفيه مسائل: الاولى - الظاهر أنه لاخلاف بين أصحابنا (رضوان الله عليهم) في أنه لايشترط في صحة السلح سبق نزاع، بل لو وقع ابتداء على عين بعوض معلوم صح، وأفاد نقل كل من العوضين كما في البيع، لاطلاق الادلة الدالة على جوازه من غير تقييد بالخصومه، كالحديث النبوى المتقدم وصحيحة حفس بن البخترى المتقدمة . (٤)

وصحیحة محمد بن مسلم (٥) عن الباقر (علیه السلام) أنه قدال فی رجلین کان لکل واحد کم له عند صاحبه کان لکل واحد کم له عند صاحبه فقال کل واحد منهما لصاحبه: لك ماعندك ، ولى ماعندى فقال : لابأس بذلك اذا

⁽۱) و (۲) و (۳) في الكافي ج ۲ ص ۲۰۹باب الاصلاح بين الناس ۲-۳- ايضاً في الوسائل ج ۱۳ ص ۱۲۲ح ۱ و ۳ و ٤

⁽٤) ص ٨٣

⁽ه) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ١ و الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١

تراضيا ، وصحيحة منصور بن حاذم(١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) في رجلين الحديث كما في سابقه وزاد وطابت به أنفسهما .

وصحيحة الحلبى(٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) وغير واحد عن أبي عبدالله (عليه السلام) « في الرجل مكون عليه الشيء فيمالح ، فقال : اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس » .

و صحيحة الحلبى (٣) عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى الرجل يعطى أقنزة من حنطة معلومة يطحنها بدداهم ، فلما فرغ الطحان من طحنه نفد الدداهم ، وقفيزاً منه وهوشى واصطلحوا عليه فيمايينهم ، قال : لابأس به ، وان لم يكن ساعره على ذلك ، الى غير ذلك من الاخباد الظاهرة فى المراد .

هذا و الاصل في العقود السحة ، للامر بالوفاء ، لايقال : انهم قد عرفوه كما قدمنا ذكره بأنه عقد شرع لقطع التجاذب ، وهو مستلزم لتقدم الخصومة ، لانا تقول : أولا أن الظاهر أن هذا التعريف انما وقع من العامة ، و تبعهم أصحابنا فيه و لهذا ان بعض العامة شرط فيه تقدم الخصومة ، فلا تقوم به حجة في الخروج عن ظواهر الادلة المشاداليها ، و ثانياً أنه مع الاغماض عن ذلك ، فانه لابلزم من كون أصل مشروعيته لذلك أنه لايكون الاكذلك ، الاترى أنه قد ورد في وجوب العدة وأسل مشروعيتها التعليل باستبراء الرحم ، مع وجوبها في جملة من المواضع وأسل مشروعيتها التعليل باستبراء الرحم ، مع وجوبها في جملة من المواضع المقطوع فيها بير اثنة الرحم ، كمن طلق ذوجته أو مات عنها بعد مفادقته لها سنين عديدة ، وبحوه ماورد من تعليل استحباب غسل الجمعة بالتأذى من دوايح الانساد اذا حضروا المجمعة ، فتأذى الناس بريح أباطهم ، فأمر وا بالغسل لدفع تأذى الناس بدنك ، مع مااستفاض من استحباب الغسل وان كانت دايحته كرايحة المسك ، الى غير ذلك .

وبالجملة فان الخلاف في هذا المقام انما هو من العامة ، نعم اختلف أصحابنا في كونه عقداً برأسه أوفرعاً على غيره ، فالمشهور الاول وان أفادفي ذلك فائدة غيره

⁽۱)(۱) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٦ ح ١٥٢

⁽۲) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٩

وهنه الروايات في الوسائل ج١٦ ص١٦٥ ح١ وص١٦٦ ح٣ وص١٦٩ ح١ ٠

ومبعرد افادته فائدة غيره لايستلزم فرعيته عليه .

وذهب الشيخ في المبسوط الى أنه فرع على عقود خمسة ، فجعله فرع البيع اذا أفاد نقل الملك بسوض معلوم ، وفر عالاجادة اذا وقع منفعة مقددة بمدة معلومة بعوض معلوم ، و فرع الهبة اذا تضمن ملك العين بغيير عوض ، وفرع العادية اذا تضمن اباحة منفعة بغير عوض ، و فرع الابراء اذا تضمن اسقاط دين أو بعضه .

والاستحاب ردوه بأن افادة عقى فائدة عقد آخر لا تفتمنى كو نه من أفراده ، مع دلالة الدليل على استقلاله بنفسه ، كغيره من العقود .

ويظهر الفرق بين القولين: أنه على المشهور عقب لازم لدخوله في عموم الامر بالوفاء بالعقود، وعلى قبول الشيخ يلحقه حكم ما ألحق به من العقبود في ذلك الفرد الذي ألحق به .

أقول: لا يخفى أن ما ذهب اليه الشيخ هذا قد تبع فيه الشافعى حسبما نقل عنه ، قال فى التذكرة: الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه ، ليس فرعاً على غيره ، بل أصل فى نفسه ، منفرد فى حكمه ، ولا يتبع غيره فى الاحكام ، لعدم الدليل على تبعية الغير ، والاسل فى العقود الاصالة .

وقال الشافعى : انه ليسباسل منفرد بحكمه ، وانماهوفر عملى غيره ، و قسمه على خسة أضرب ، ضرب فرع البيع ، وهو أن يكون في يده عين أوفى ذمته دين فيدعيها انسان فيقر له بها ثم يصالحه على ما يتفقان عليه ، وهو جائز فرع على البيع ، بل هو بيع عنده ، يتعلق به أحكامه .

وضرب هو فرع الابراء والمحطيطة ، وهوأن يكون له في نمته دين فيقر له به ثم يصالحه على أن يسقط بعضه ، ويدفع اليه بعضه وهو جائز وهو فرخ الابراء .

و ضرب هو فرع الاجارة ، وهو أن يكون له عنده دين أو عين فسالحه عن ذلك على خدمة عبد أو سكتى دارفيجوزذلك ويكون فرع الاجارة .

وضرب هو فرع الهبة ، وهو أن يدعى عليه دارين أو عبدين وشبههما فيقر له بهماويسالحمسنذلك على احديهما ، ويكون هية للاخرى .

وضرب هو فرع العادية ، وهو أن يكون في بدء دار فيقر له بها ويسالحه

على سكناها شهراً وهو جائز ويكون ذلك عارية . انتهى .

والعبب من دعوى العلامة هنا الاجماع من أصحابنا أجمع أنه عقد قائم بنفسه ، ليس فرعاً علىغيره ، مع ماعرفت من تصريح الشيخ بما نقله عن الشافعي من الفرعية من المواضع الخمسة ، واشتهار النقل عنه في كتب الاصحاب ، ومنهم هو (قدس سره) في المختلف ، حيث نسب فيه القول بالاصالة الى المشهور ، ونقل عن الشيخ في المبسوط أنه فرع لغيره .

وكيف كان فهذا القول بمحل من الضعف والقسود ، فالاعتماد على القول المشهود ، لعدم الدليل على حذه الدعوى ، فان الاصل في جميع العقود من صلح وغيره هو كون ذلك العقدأ صلابرأسه ، وجعله في حكم غيره أوفر عيته عليه فيلحقه أحكام غيره يحتاج الى دليل واضح .

ومن هنا أنكر المحقق الاردبيلي (دحمهالله) كون قول الشيخ في المبسوط بذلك مذهباً له ، وانما هو نقل لقول العامة ، واستند في ذلك الى دعوى الاجماع في التذكرة ، وهوعجيب منه (قدس سره) و كأنه لم يلاحظ كتاب المبسوط في هذا المقام ، قان عبارته سريحة في كونه مذهبه ، حيث قال بعد ذكر الادلة الدالة على مشروعية الصلح من الايات والروايات : ماسورته فاذا ثبت هذا فالصلح ليس بأسل في نفسه ، وانما هوفرع لغيره ، وهوعلى خمسة أشرب ، أحدها فرع البيع ، وثانيها فرع الابراء ، ثم ساق الكلام في هذه الخمسة الى أن قال : اذا ورث رجلان من مورثهما مالافسالح أحدهما صاحبه على نسيبه من الميراث بشي ويدفعه اليه ، فان هذا الصلح فرع البيع يعتبر فيه شرائط البيع ، فما جاذ في البيع جاذ فيه ، ومالم يجز فيه لم يجز فيه الاأنه يصلح بلفظ الصلح ومن شرط صحة البيع أن يكون معلوماً ، ثم ذكر جملة من شروط البيع وأحكامه ، ومنها خيار المجلس الأأنه قال في آخر الكلام ، ويقوى في نفسي أن يكون هذا الصلح أصلا بنفسه ، ولايكون فرع البيع، فالميار خيار المجلس على ما بيناه فيمامضى ، ثم ساق فلا يحتاج الى شروط البيع ، واعتبار خيار المجلس على ما بيناه فيمامضى ، ثم ساق الكلام في باقي الاقسام ، و كلامه (قدس سره) ظاهر بل صريح في كون ذلك مذهبا الكلام في باقي الاقسام ، و كلامه (قدس سره) ظاهر بل صريح في كون ذلك مذهبا الكلام في باقي الاقسام ، و كلامه (قدس سره) ظاهر بل صريح في كون ذلك مذهبا الكلام في باقي الاقسام ، و كلامه (قدس سره) ظاهر بل صريح في كون ذلك مذهبا المناه كه المحقق المذكور .

لكنه كما ترى قدسرح بالرجوع عن ذلك في صورة الفرعية على البيع ، وقال: بأن الاقوى عنده أنه أسل برأسه في هذه الصورة ، مع اشتهار النقل عنه في كتب الاصحاب بالفرعية في البيع و غيره ، كمالايخفي على من وقف على كلامهم ، وكأنهم لم يراجعواالكتاب المذكور ، واعتمدوا في ذلك على نقل بعضهم عن بعض، والافان العبارة كما ترى سريحة في العدول عن مذهبه في هذه الصورة بخصوصها ، فينبغي المراجعة في أمثال هذه المقامات ، وعدم الاعتماد على النقول ، وان كانت منمثل هؤلا الفحول ، والمعصوم من عصمه الله تعالى فيما يفعل ويقول . والمالمالم .

المسئلة الثانية - قدسرحالاسحاب (رضو ان الله عليهم) بسحة السلح مع الاقراد والانكاد ، الاما أحل حراما أوحرم حلالا .

أقول: أما الحكم الاول فلاخلاف فيه عندهم ، قال في التذكرة: يصبح الصلح على الاقرار والانكار معاسوا عمان المدعى به ديناً أدعيناً عند علمائنا أجمع ، وبه قال أبو حنيفة و احمد انتهى .

وقال في المسالك. بعد قول المصنف يصحمع الاقرار والانكار ... هذا عندنا موضع وفاق .

ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منعه معالانكاد ، نظراً الى أنهعاوض على مالم يثبت له ، فلاتسع المعاوضة ، كما لوباع مال غيره ، و نحن نمنع بطلان المعاوضه على مالم يثبت بالسلح، فانه عين المتنازع ، والفرق بينه وبين البيعظاهر، فان ذلك تصرف في مال الغير بغير اذنه ، بخلافه هنا ، ولان معنى شرعيته عندنا وعنده على قطع التنازع وهو شامل للحالين . انتهى .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن صحة الصلح مع الاقراد والاعتراف بالمدعى مما الااشكال فيها لمعلوميته عند صاحبه : والفرق بين أن يصالح عنه بأقل ، اوا كثر أو ما ساواه ، للمعلومية في الجميع ، وحصول التراضى من الطرفين .

انماالاشكال في صورة الانكاربان يدعى شخص على غير مديناً أوعيناً فينكر المدعى عليه ، فتقع المصالحة بينهما اما بمال آخر ، أو بيعض المدعى أوغير ذلك من منفعة وغيرها ، فانه باعتبار الانكار ، واختلاف الخصمين في ذلك نفياً واثباتا يحتمل أن

يكون المدعى محقا: والمدعى عليه مبطلافى انكاده ، وأنه مشغول الذمه فى الواقع، فالصلح هنا وان أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر .. و عدم صحة الدعوى بعد ذلك ، لصحته بحسب الظاهر .. الأأنه لايفيد برائة ذمة المدعى عليه مما يزيد على مال الصلح ، فيما لوفرض أنه صالحه على أقل مما فى ذمته فى الواقع ، أو بعض الدين أو المال الآخر، بل يبقى مشغول الذمة بالباقى وانما تبر و نمته بقدد مادفعه خاصة .

وتدل على ذلك صحيحة عمر بن يزيد (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: اذا كان للرجل على الرجل دين فعطله حتى مات ، ثم سالحورثته على شيء ، فالذى أخذته الورثة لهم، وما بنى فهوللميت يستوفيه منه فى الاخرة ، وان هولم يسالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهوللميت يأخذه به».

حتى أنه لو كانت الدعوى على عين في يده وصالح عنها بأقل من قيمتها فالمين بأجمعها في يده مغصوبة ، و لايستثنى له منها مقداد مادفع ، لعدم صحة المعاوضة في نفس الأمر . و يحتمل أن يكون المدعى مبطلا والمدعى عليه محقاً في النكاده ، و أنه برى الذمة في الواقع ، فان الصلح وان صح ظاهراً ، لكنه لا يصح بحسب الواقع ، ولا يستبيح للمدعى ما دفع اليه من مال الصلح ، لانه أكل مال بالباطل ، والمدعى عليه انما دفعه اليه افتدا من هذه الدعوى الكاذبة ، أو بالباطل ، والمدعى عليه انما دولم يفعل ، و مثل خذا لا يعد عن تراض بحصل به الاباحة .

نعم لو كانت الدعوى مستندة الى شبهة وقرينة تخرج بها عن الكذب المحن، كمالوو جدالمدعى بخط مورثه أن له على فلان مالااو شهد له من لايثبت الحق بشهادته شرعاً ولم يكن المدعى عالماً بالحال، وانما ادعى بناء على هذا الفرض، وتوجهت له اليمين على المدعى، فعالحه على استخاط اليمين بمال أوقطع المناذعة، فالظاهر هنا سحة الصلح فى نفس الامر، واستحقاق ما يأخذه من مال الصلح، وبذلك صرح شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك أيضاً.

وبالجملة فالحكم بالصحة في صورة الانكار مرادبها ما هـو أعم من الصحة (١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٨ ح ١١ـ الوسائل ج ١٦٦ ص ١٦٦ ح ٤

بحسب ظاهر الشرع دون نفس الامر تارة كما عرفت ، ومن المسحة ظاهراً وواقعاً فيما اذا حصل السلح على مقدار ما في الذمة ، كما في المبورة الاولى(١) .

وأما الحكم الثانى وهو قولهم « الا ما أحل حراماً أو جرم حلالا » فهو عين ماسرح به الحديث النبوى المتقدم ، وفسر الاسحاب محليل الحرام بالسلح على استرقاق حر أو استباحة بمنع لاسبب لاباحته الاالسلح ، أو يشر با أو أحدهما المغمر و محو ذلك .

وبالجملة مايكون محرماً فى حد ذاته ، ويراد تحليله واباحته بالصلح ، وتحريم الحلال بأن لايطأ أحدهما حليلته أو لاينتفع بماله ، أو نحو ذلك مما هو حلال له فى حد ذاته ، وانما يراد تحريمه بالصلح .

وعلى هذا فالاستثناء متصل ، لان الصلح على هذا باطل ظاهراً وواقعاً ، وربما فس بصلح المنكر على بعض المدعى أو منفعته أو بدله مع كون أحدهما عالماً يبطلان الدعوى : كما تقدم بيانه ، وعلى هذا يكون الاستثناء منقطعاً ، لما عرفت من الحكم بصحة الصلح هنا ظاهراً ، وانما بطلانه بحسب الواقع ونفس الامر ، والحكم بالصحة ، والبطلان انما يتوجه الى الظاهر ، فلا يصح أن يكون الاستثناء متصلاً ، ويحتمل كونه متصلاً بالنظر الى الواقع ، وهذا المثال يصلح الأمرين معاً فانه محل للحرام بالنسبة الى المانب (٢) ومحرم للحلال بالنسبة الى المعدق . والله العالم .

المسألة الثالثة _ قد صرح جملة من الاصحاب (دخوان الله عليهم) بأنه يصح السلح مع العلم بالمتناذع فيه وجهله ، ديناً كان أو عيناً ، وماذكروه من السلح مع العلم فلا ديب في صحته ، لارتفاع البهالة ، وحصول التراشي ، وان كان يبقى الكلام في المبطل منهما باعتباد الاستحقاق واقعاً وعدمه ، فيبورى فيه ما تقدم في سابق هذه المسألة .

⁽١) وهي احتمال ان يكون المدعى محقاً والمدعى عليه مبطلا في اتكاره . منه رحمهالله

 ⁽٢) قبان الكاذب أخذ ما لايستحقه واقعاً بهذا الصلح وصار حلالا له بحسب الظاهر
 من هذا الصلحا لايستحقه واقعاً من المال الذي يدعيه . منه رحمه الله .

واما مع البعهل فيحتمل أن يكون مرادهم به كما ذكره جملة من المتأخرين ماكان ناشئاً عن عدم امكان العلم ، بحيث يتعذر عليهما استعلامه ، لامطلقاً للزوم الغرد المنهى عنه شرعاً ، ولوالدى العلامة (قدس سره وروحه ونور ضريحه) في هذا المقام تفصيل حسن ، يحسن ذكره وان طال به ذمام الكلام ، فانه من أهم المهام ، قال (عطرالله مرقده وأعلى في جواد أثمته صلوات الله عليهم مقعده) بعد كلام في المقام : اذاعرفت هذا فنقول السلح اما ان يقع على معلوم عند المتصالحين أو معجول عندها ، أو معلوم عند أحدهما ومجهول عند الاخر .

وعلى الثانى فاما أن يتعذرمس فته مطلقاً ، أو في الحال فقط مع امكان معرفته في وقت آخر . أو يمكن معرفته مطلقاً .

وعلى الثالث فالعالم فيه اما أن يكون هو المستحق ، أو من عليه الحق ، فان كان الثانى فاما أن فان كان الثانى فاما أن يعلم الغريم المستحق بمقداد حقه أو لا ، ومع عدم اعلامه فاما أن يسالحه بأقل من حقه أو لا فهذه تسم صود :

الاولى - أن يكون المدعى معلوماً عند كل من المتصالحين ، والحكم فيه بالصحة واضع ، لارتفاع الجهالة و الغرد فيه ، ولا فرق بين كون المدعى عيناً أو ديناً ، وكون الصلح بمقدار مال المدعى من الحق أوأقل منه أو أكثر ، مع حصول الرضا الباطنى من كل منهما لمسحة المعاوضة ظاهراً وباطناً .

الثانية _ أن يكون مجهولا عندهما وكان مما يتعذر معرفته والاحاطة به منهما مطلقاً عيناً كان أو ديناً كوارث يتعذرالعلم بحسته ، ودين غير معلوم البحنس أو الكم ، وقفيز من دقيق حنطة أو شعير معتزج ، و كصبر تعن طعام أتلفها شخص على آخر ، ولم يعلما بقددها ، ففي هذه كلها يصح السلح ظاهراً وفي نفس الامر ويفيد نقسل الملك وابراء الذهبة ، و ان كان على المجهول كما صرح به الاصحاب (دضوان الله عليهم) .

بل ظاهر عبارة الشهيد الثانى فى المسالك الاجساع على جوازه ، وذلك لان ابراء النمة أمر مطلوب ، والحاجةاليه ماسة ، ولاطريق اليه الاحذا السلح ويدل على صحته أيضاً عموم الاية كقوله تعالى (١) « والسلح خير » والاخبار كقوله سلى الله عليه وآله (٢) « والسلح جائز بين المسلمين الا سلحاً أحل حراماً أوحرم حلالاً » .

وقول المادق (عليه السلام) في حسنة حفس بن البخترى (٣) « السلح جائز بين الناس » .

وخصوص صحیحة محمد بن مسلم (٤) عن الباقر (علیه السلام) ، وصغوان عن منصور بن حاذم عن أبي عبدالله (علیه السلام) « انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عندصا حبه ولايدرى كل واحد كم له عند صاحبه ، فقال كل واحد منهما لمساحبه : لك ماعندك ولى ماعندى ، فقال : لابأس بذلك اذا تراضيا » .

قان الظاهر من الروايات عدم امكان العلم و المعرفة بقدد ذلك الطعام من كل منهما كما هو واضح .

الثالثة ـ أن يكون مبجهولاً عندهما ولكن لايتعند العسلم به ، بل يمكن معرفته مطلقاً ، فهذا لايصلح السلح عليه قبل العلم به على الاظهر ، لعصول البجهل فيه والنور الموجب للشرد بالزيسادة والنقيصة مسع امكان التحرذ عنه ، بسل لابد من العلم به أولاً بالكيل في المكيل ، والوزن في الموذون ، والعد في المعدود والذرع في المذروع ، فلو صالحه على صبرة من طعسام من غير كيل ولا وزن لم يسمح كما قد سبق ، لان الاستعلام فيه ممكن .

وكذا ظرف البر والارذ، ووعاء التمر وتحوه لا يسلح عليه الا بعد معرفة كيله أو وزنه مثلاً، ومن هذا القبيل السلح على نسيب شخص من عين أو ميراث مع جهلهما به وامكان العلم بقدده وتعيينه بعد العلاحظة والمراجعة، وانكان في المحال، فان السلح و المحال هذه غير صحيح لا ظاهراً ولا باطناً، ولا يفيد تعليكاً

⁽١) سورة النساء الآية ١٢٨

⁽٢) القصيه ج ٣ ص ٢١ ح ١

⁽۲) الكافي ج ه ص ٩ م٢ ح ه

⁽٤) التهذيب ج٦ ص ٢٠٦ ح١ - القيّه ج ٣ ص ٢١ وذيل رواية منصور وطابت به أنفسهما ح ٢،وهذه الروايات في الوسائل ج١٦ ص ١٦١ ح٢ و ١ وص ١٦٥ ج١

ولا ابراءً ، وعموم الاية والاخبار الدالة على جواز الصلح بين المسلمين مخصص بما لاغرر فيه ولاجهالة ، للنهى عن ذلك في الخبر كما عرفته .

الرابعة ... أن يكون مجهولا عندهما ، والعلم به ممكن في الجملة ، لكنه متعذر لعدم الميزان والمكيال في الحال ، ومساس الحاجة الي الانتقال ، وقد استقرب جمع من الاصحاب منهم الشهيد (قدس سره) في الدروس والشيخ المقداد في التنقيح والشهيد الثاني في المسالك صحة السلح ، والحال هذه ، ووجهه تعذر العلم به في المحال مع اقتضاء المرورة ، ومساس الحاجة لوقوعه ، والتشرر بتأخيره وانحساد الطريق في نقله فيه مع تناول عموم الاية ، والاخبار السالغة .

ومن هذا القبيل أيضاً الصلح على نصيب شخص من ميراث أو عمين يتعذر العلم بقدره في الحال ، مع امكان الرجوع في وقت آخر الى فرضى أو عالم به مع مسيس الحاجة الى نقل النصيب في الحال .

الخامسة ـ أن يكون مجهولا عند المستحق ومعلوماً عند الاخر ، وهو من عليه الحق ولم يعلمه بقدره ، وصالحه بأقل من حقمه ، وذلك كتركة موجودة يعلمها الذى هو في يده ويجهلها الاخر ، وكذاكل من له نصيب من ميراث أو غيره لايعلم به ، ويعلم به خصمه اذا صالحه بأقل منه من غير اعلامه ، سواءكان من عليه الحق منكراً ظاهراً أو مقراً بمقدار ما صالح به أو أقل منه ، فان الصلح حينتذ غير صحيح ، والمعاوضة في نفس الامر باطلة ، والواجب عليه اعلام صاحب الحق ، فان رضى بالمعلى بالاقل ، والا وجب ايصال حقه اليه بتمامه ، فأما الصلح قبل الاعلام فهو حرام ، لا يشمر تمليكاً _ لو كان المدعى عيناً _ ولا ابراء من الباقى لو كان ديناً حتى لو صالح على العين بمال آخر فهى بأجمعها في يده مغصوبة ، ولا يستثنى له مقدار مادفع ، لعدم صحة المعاوضة في نفس الامر .

والذي يدل على عدم صحة هذا الصلح وجوازه منافاً الى مافيه من الغرر والمخدع المنهى عنه وكونه من قبيل الصلح الذي احل حراماً وحرم حلالا ما رواه على بن أبي حمزة (١) عقال: قلت لابي الحسن عمليه السلام): وجل يهودي

⁽۱) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ٣- الرسائل ج ١٣ ص ١٦٦ ح ٢

اوسرانى كان له عندى أربعة آلاف ددهم فعات ، أيجوز لى ان أصالح ودلته ولاأعلمهم كم كان ؟ قال : لا يجوز حتى تخبرهم و وعجوها صحيحة عمر بن يزيد (١) عن أبى عبدالله (عليه السلام) » قال : اذا كان للرجل على الرجل دين فعظله حتى مات ثم صالح ود تتعلى شيء : قالذى أخذته الورثة لهم ، وما بقى فهو للميت يستوفيه منه فى الاخرة المحديث ومو ثقته (٢) أيضا » وقال : سألت أباعبدالله (عليه السلام) عن رجل ضمن على رجل ضماناً ثم صالح عليه قال : ليس له الا الذى صالح عليه هم هذا الصلح مع فعاده وعدم مع فعاده وعدم سعته فى نفس الامر ، هو صحيح بحسب ظاهر الشرع كما صرح به جماعة من الاسحاب ، منهم الشيخ على بن عبدالعالى فى شرح القواعد، و الشهيد الثانى فى شرح الشرايع ، فيحكم به على كل واحد منهما ، و لا يجوز لهما النووج عن مقتفاه ظاهراً ، لعدم العلم بكون من عليه الحق مبطلافى صلحه لهما النووج عن مقتفاه ظاهراً ، لعدم العلم بكون من عليه الحق مبطلافى صلحه خادعاً فيه ، واحتمال كو نه محقول .

نعم لوانكشف أمره ظاهراً بعدالسلح ، بحيث علم مقداد المدعى ، أوذيادته على ما صالح عليه ، أو اعترف هوبذلك اتجه بطلان السلح حينتذ ظاهراً أيضاً ، و وجب عليه تسليم المدعى ظاهراً لظهود شغل ذمته ، و بطلان المعاوضة ظاهراً وباطناً ، هذا اذا لم يكن من له الحق قدد ضى باطناً بالسلح بالاقل ، أمالود ضى به باطناً كان السلح صحيحاً فى نفس الامر حينتذ كما قطع به العلامة (قدس سره) فى التذكرة ، وحينتذ فلا يجوز له أخذ ماذاد عن مال السلح ، وان علم الزيادة لحصول الرضا منه باطنا بذلك الاقل عوضاً عن حقه ، وان كثر فيكون العبرة فى اباحة الباقى بالرضا الباطن ، لا بالصلح .

وبمكن أن يستدل عليه بسحيحة الحلبي (٣) عن أبي عبدالله (عليه السلام) د في الرجل يكون عليه الشي ويسالح فقال: اذا كان بطيبة نفس من ساحبه فلابأس

⁽۱) و (۲) التهذيب ح ۲ ص ۲۰۸ ح ۱۱ و ص ۲۱۰ ح ۲۰

وهما ني الكاني ج ه ص ٢٥٩ ح ٢ و ٧ و ٨.

⁽٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ٢ .

وهنه الروایات فی الوسائل ج۱۳ ص۱۹۳ ح۶ و ص۲ ۱۰ ح۱ و ص۱۳۲ ح۳ .

فهي دالة باطلاقها الشامل لذلك كما هوظاهر.

السادسة ـ ان يكون مجهولاعندالمستحق معلوماً عند من عليه الحق ، ولم يعلم قدره لكن صالحه بمقدار حقه أواكثر ، وقد صرح جمع من الاصحاب منهم الشهيد الثانى فى شرح الشرايع بصحة الصلح حينند ، وانكان على مجهول ، لانتفاء الغرر والخدع فيه ، مع أن العبرة بوصول حقه اليه لابالصلح ، وأما اشتراط الاعلام فى صحة الصلح كما فى خبر على ابن أبى حمزة السالف فالظاهر أنه مخصوص بما اذا أديد الصلح بالاقل ، لانه مظنة الغرر والخدع ، فمع وقوع الاعلام بقدد مينتفى الغرر والخدع وأساً أما مع المسالحة بتمام الحق أوا كثر منه فلا خدع فيه قطعاً، فلا يب العلام مع دخوله فى عموم الادلة الدالة على جواز الصلح بين المسلين.

السابعة - أن يكون مجهولا عند المستحق معلوماً عند من عليه الحسق ، و لكن أعلمه بقدره ولاشك في جواذ الصلح وصحته حينتذ ، سواء صالحه بمقداد حقه أوبأقل معالرضا به لحصول العلم وارتفاع الجهالة وحصول الرضا ، وعموم ، ادلة جواذ الصلح . والله العالم .

الثاهنة: أن يكون معلوماً عندالمستحق مجهولاعند الاخر فعالحه بأكثر من حقه الذى له فى الواقع ، لقصد التخلص من دعواه لم يصح هذا الصلح فى نفس الامر ، ولم يستبحبه مازاد عن حقه الذى له فى الواقع ، لبطلان المعاوضة فى نفس الامر ، وانكانت صحيحة بحسبظاهر الشرع ، كما سبق نظيره ، فالظاهر أنذلك باطل مع عدم الرضا الباطنى من الغريم ، لكونه حينئذ من قبيل أكل المال بالباطل ، أما مع رضاه بالصلح كذلك باطناً فالظاهر صحة الصلح حينئذ ، واباحة ذلك للزايد عن حقمه لطيب نفسه به ، والظاهر أن العبرة حينئذ فى اباحة ذلك الزايد عن حقمه لطيب نفسه به ، والظاهر أن العبرة حينئذ فى اباحة ذلك

التاسعة ـ السورة بحالها ولكن صالحه بقدر حقه أوأنقس ، ولاشك في صحة الصلح فيها ظاهراً وباطناً . والله العالم . انتهى كلامه علت في الخلد أقدامه ، ورفع فيها مقامه .

أقول : ماذكره (قدس سره) من هـذه الصورالتسع بالتقريبات التي ذيلها

بها ظاهر ، الا أن ما ذكره في الصورة الثالثة مما يمكن تطرق المناقشة اليه ، فان مرجع استدلاله الى تخصيص عمومي الاية والاخباد ـ الدالة على صحة الصلح في مثل هذه الصورة بالاخبار الدالة على النهى عما يشتمل على الغرر و الجهالة في المعاوضة .

والتحقيق أن يقال: لاريب أن هنا عمومين قد تعارضا ، و هما عموم أخبار السلح الدال على دخول مثل هنه الصورة ، وعموم أخبار النهى عن الغرر والجهالة الشامل للسلح وغيره من المعاوضات ، وليس تخصيص عموم أخبار السلح ـ بعموم أخبار النهى عن أخبار النهى عن الغرر والبهاله بأخبار السلح ، فيقال : حينتذ بصحة السلح في هذه السورة وان الغرر والبهاله بأخبار السلح ، فيقال : حينتذ بصحة السلح في هذه السورة وان استلزم الغرر والبهالة كما أن ذلك حاصل في السورة الثانية والرابعة ، ولابد لترجيح أحدهما على الاخر من دليل ، ويمكن ترجيح الثاني بظهور عموم أخبار السلح مع تكاثرها وتعددها على وجه يشمل السورة المذكورة ، بخلاف ما دل على النهى عن الغرر والمجهول ، فانالم نقف فيه على رواية صريحة ، وان تكرر دورانه في كلامهم ، وتداول على رؤوس أقلامهم .

وقد تقدم في كتاب البيع قول جملة من الاصحاب بسحة بيع المجهول في جملة من المواضع ، ودلت جملة من الاخباد على السحة أيضاً في مواضع ، و قدحققنا البحث ثمة على وجه يظهر منه أنه ليس ذلك بقاعدة كلية ، ولاضابطة جلية كما ادعاه جملة منهم ، وبذلك يظهر لكأن الاظهر هنا هو ترجيح عموم أخباد السلح وابقائها على عمومها ، والتخصيص فيمادل على النهى عن الغرد والمجهول ، فانه اننا ثبت صحة العقد مع الجهل والغرد في البيع الذي هو أكثر شروطاً وأضيق مدخلاً ثبت في السلح بطريق اولى ، لانه موضوع على المسامحة والمساهلة ، ولان العمدة فيه كما هو المفهوم من أخباده هو التراضي من الطرفين ، اما ظاهراً وباطناً . فيصح حينتذ كذلك اوظاهراً خاصة فتختص الصحة بالظاهر ، والتراضى في موضع النزاع حاصل ظاهراً و باطناً .

ويؤيد ما قلناه ما هوظاهر من كلام جملة من متقدمي المتأخرين كالمحقق والملامة وغيرهما من الحكم بسحة الصلح مع العلم والجهل مطلقا ، كما قدمناه

في صدر المسئلة.

قال فى التذكرة: لايشترط العلم بما يقع الصلح عنه لاقدراً ولاجنساً ، بل يصح سواء علما قدر ماتناذعا عليه وجنسه أو جهلاه ، ديناً كان أو عيناً ، وسواء كان ادثاً أو غيره عند علمائنا أجمع ، ثماستدل بالادلة العامة من آية ورواية على صحته مع الجهل ، ولم يفصل فى اثناء كلامه بين ما يمكن استعلامه وما لا يمكن ، وهو ظاهر فيما قلناه .

والاظهر منه ماصرح به المحقق الاردبيلي (قدس سره) في شرح الارشار حيث قال في هذا المقام: ولابدأن يكون معلوماً ليندفع الغرد، ولكن الظاهر أنه يكفى العلم به في الجملة. اما بوصفه أو بمشاهدته ، ولا يحتاج الى الكيل والوزن ومعرفة أجزاء الكرباس والقماش والثياب ، وذوق المذوقات وغير ذلك مما يعتبر في البيع ونحوه ، للاسل وعدم دليل واضح على ذلك ، وعموم أدلة السلح المتقدم ، ولان السلح شرع للسهولة والارفاق بالناس ليسهل ابرا و نمتهم ، فلا يناسبه الضيق ولانه مبنى على المسامحة والمساهلة ، واليه أشار بقوله ويكفى المشاهدة في الموذون وان خالف فيه البعض .

قال في الدروس: والاصح أنه يشترط العلم في الموضعين اذا أمكن ، وقال في موضع آخر : ولو تعذد العلم بما صولح عليه جاذ ، الى قوله : ولو كان تعند العلم لعدم المكيال والميزان في الحال ومساس الحاجة الى الانتقال ، فالاقرب الجواذ وهو مختاد شارح الشرايع أيضاً ، ولانعرف له دليلاً ، وما تقدم ينفيه ، ويؤيده التجويز عند التعذر ، فان ذلك لا يجوز في البيع عندهم ، فتأمل ، انتهى . ثم أمر بالاحتياط وهو كما ترى أظهر ظاهر فيما ادعيناه مؤيد لما قدمناه .

وبالجملة فالظاهر هو الصحة في الصورة المذكورة لما عرفت ، والاحتياط لاينخفي ، والله العالم .

المسئلة الرابعة - لايخفى أن أركان السلح أدبعة ، المتصالحان ، و المصالح عليه ، وهو مال السلح ، والمصالح عنه ، وهو المتنازع فيه لوكان ثمة نزاع . أما المتصالحان فانه لا خلاف كما نقله في التذكرة في أنه يشترط فيهما الكمال، بأن يكون كل واحدمنهما بالغاً عاقلاً جائز التصرف فيما وقع الصلح عليه.

وأما المصالح عليه فانه يشترط فيه صحة التملك ، فلوكان خمراً أو خنزيراً أو استرقاق حر أو اباحة بضع محرم قبل ذلك لم يصح ، لما تقدم في الحديث النبوى و كما لا يقع هذه الاللصلح لا يقع مصالحاً عنه ، والجميع محرم بما تقدم من النص النبوى .

ومن شرائطه العلم بما يقع السلح عنه عند بعض كالشهيدين في الدروس والمسالك ، وقد تقدم الكلام فيه .

ومنشروطه رضا المتصالحين ، فلايقع مع الاكراه اجماعاً ، كفيره من العقود ولقوله عز وجل (١) « لاتاً كلوا أمو الكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » فما لم يكن عن التراضى فانه أكل مال بالباطل ، ومن صور الاكراه ما لوكان له على غيره حق مالى فأنكره المديون ، فصالحه المالك على بعضه ، توصلاً الى أخذ بعض حقه ، فانه وان صح الصلح ظاهراً الا أنه لا يصح واقعاً ، ولا تحصل به برائة ذمة المديون من الحق الباقى فى ذمته ، سواء عرف المالك قدد الحق أم لا ، وسواء ابتدء المالك بطلب الصلح أم لا ، وقد تقدم تحقيق ذلك فى الصور المتقدمة فى سابق هذه المسئلة .

ومتى استكملت شروطه صار لازماً من الطرفين عملااً بعموم أدلة الوفاء بالعقود المقتضى لذلك الا ما خرج بدليل من خارج ، و يجى على قول الشيخ البواذ فى بعض موارده ، كما اذا كان فرع العارية التى هى جائزة ، والهبة على بعض الوجوه وقد عرفت ضعفه ، نعم لو اتفقا على فسخه بمعنى الاقالة من ذلك العقد كما فى البيع وأوقعا صيغة التقايل انفسخ .

المسئلة الخامسة - اذاوقع الصلح بين شريكين على أن يكون الربح والخسر ان على أحدهما ، وللاخر رأس ماله صح ، والاصل في هذا الحكم مارواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ، وكان من المال دين وعليهما دين ، فقال أحدهما لصاحبه :

⁽۱) سورة النساء الاية ۲۹ (۲) الكافي جه ص۲۰۸ ح۱ ـ التهذيب ج٦ ص٢٠٧ ح٧ ـ الققيه ج٣ ص١٦٦ ح٧ ـ الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١ ·

أعطنى دأس المال ولك الربح وعليك التوى ، فقال : لابأس اذا اشترطا ، فاذا كأن شرطيخالف كتابالله عزوجل فهو ددالى كتاباله عزوجل ودواه فى النهذيب الأ أنه قال : « وكان من المال دين وعين » ، ولم يقل وعليهما دين ودواه فى التهذيب بسند آخر عن الحلبي (١) عن أبى عبدالله (عليه السلام) مثله ، الا أنه قال : « وكان المال ديناً » ولم يذكر العين ولا عليهما دين ، و دواه في التهذيب أيناً بسند آخر عن داود الابزارى (٢) عن أبى عبدالله (عليه السلام) مثله ، الا أنه قال : « وكان المال عيناً وديناً » ، قال فى المسالك بعدقول المسنف (قدس الله دوحهما) ودادة فسخها لتكون الزيادة مع من هى معه بمنزلة الهبه والخسران على من هو وادادة فسخها لتكون الزيادة مع من هى معه بمنزلة الهبه والخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء ، أما قبله فلا لمنافاته وضع الشركة شرعاً والمستند صحيحة أبى الصباح ، ثم ساق الرواية المذكورة الى أن قال : و هذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء ، لا كما أطلقه المصنف . انتهى .

أقول: وقد تقدمه في ذلك المحقق الشيخ على في شرح القواعد، فانه قيد اطلاقعبادة المسنف فقال بعدد كرحاهذا اذاا تهت الشركة وأديد فسخها، وللمناقشة في ذلك مجال، فانه لا يعخفي أنه وانكان هذا الشرط مما ينافي الشركة الا أن هذا شأن اكثر الشروط، فان مقتضى عقد البيع اللزوم من الطرفين، فلا يجوز لاحدهما فسخه بغير سبب موجب، مع أنه يصع لاحدهما اشتراط خياد الفسخ بلاخلاف، ولاديب أنه مناف لمقتضى العقد الذي هو اللزوم من الطرفين (٣) ودعوى أن فسي

⁽١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥ ح ٢٤، الوسائل ج ١٢ ص ٣٥٣ ح ٤٠

۲) التهذیب ج ۷ ص ۱۸۲ ح ۹، الوسائل ج ۱۳ ص ۱۲۵ ح ۱ ۰

⁽٣) قال في المدروس: لواصطلح الشريكان عند ادادة الفسخ جاز أن يأخسد أحدهما رأس ما له ، والاخر الباقي دبح أو توى للرواية الصحيحة ولوجعل ذلك في ابتداء الشركة ، فالاقرب المنع، لمنافاته موضوعها والمرواية لم تدلى عليه ، أقول فيه ما عرفت في الاصلمن ثبو ته بالاخبار المدالة على وجوب الوفاء بها وان نافي موضوع الشركة فانه بمنزلة الاستثناء فيه كما عرفت من مثال خيار القسخ في الميع المنافي لمقتضى البيع وهو اللزوم من العلرفين وقد تقدم في كتاب البيع ما يشير الى ما ذكرناه ايضاً . منه رحمه الله .

الرواية اشعار بماشر طهمن ان ذلك القول عندانتها الشركة ، وادادة فسخها _ ممنوع فان غاية ماتدل عليه كون هذا الشرط وقع بعدالشركة والعمل بالمال المشترك ، حتى صاد بعضه أو كله دينا ، وهذا لايلزم منه ادادة القسخ ، وأنه آخر الشركة ، بل يمكن أن يكون هذا الكلام وقع في الاتناء بأنهم لما اشتركوا على العمل بذلك المال بمقتضى الشركة من كون الزيادة للجميع ، و النقس على الجميع ، اشترط بعضهم هذا الشرط في الاثناء واستمر واعلى الشركة بهذا الشرط ، ولعل في قوله (عليه السلام) ولا بأس اذا اشترطاه ما يشير اليه ، بمعنى أنه لا بأس بالشركة على هذا الوجه ، فيستمران على العمل بالشركة على هذا الوجه الذى اشترط ، والافلوكان المراد فيستمران على العمل بالشركة على هذا الوجه الذى اشترط ، والافلوكان المراد انما هو ماذكره من أن هذا القول عند انتها الشركة وادادة فسخها ، فانه لاوجه للتعبير بالشرط ، بلكان ينبغي أن يقول لا بأس اذا تراضيا بذلك ، فان لفظ الشرط انما يناسب استمراد العقد ، بأن يكون العقد باقيا بهذا الشرط ، لا انقطاعه وتمامه كما لا يخفى . و بذلك يظهر صحة اطلاق من أطلق في العبادات المذكودة والله المالم .

المسئلة السادسة .. قد ذكر الاصحاب (رضوان الله عليهم) في حمدا الكتاب أحكاماً لاأعرف لذكرها فيه وجهاً ، لعدم صدق العنوان فيها ، وانما ذكرتها تبعاً لهم في المقام .

منها أنه لوكان معهما درهمان فادعاهما أحدهما ، وادعى الاخس أحدهما كان لمدعيهما معاً درهم ونسف ، وللاخر نسف درهم ،

ويدل على ذلك مارواه الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب عن عبدالله بن المغيرة (١) عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبدالله (عليه السلام) في رجلين كان معهما در همان فقال أحدهما: الدر همان لي، وقال الاخر: هما بيني وبينك فقال: اما الذي قال: هما بيني وبينك فقدا قربان احدالدر همين ليس له وانه لصاحبه ويقسم الاخر بينهما. وما رواه الشيخ في التهذيب بسنده عن محمد بن أبي حمزة (٢) عمن ذكره

⁽۱) الققيمة ج٣ ص٢٢ ح ٨ ـ التهذيب ج٦ ص٢٠٨ ح١٢

⁽٢) المصلد ص ٢٩٢ ح ١٦وهما في الوسائل ج ١٣ ص ١٦٩: الباب ٩

عن أبى عبدالله (عليه السلام) مثله بأدنى تفاوت ، والمراد بكون الدرهمين معهما كما تضمنه الخبران هو كونهما تحت يديهما معا ، ليتساويا في الدعوى ، فلو كانا في يد مدعى الدرهم لقد مقوله في مد مدعى الدرهم لقد مقوله في مد مدعى الدرهم لقد مقوله فيه بيمينه وأما اذاكانا في يديهما معاً فالحكم ماذكره (عليه السلام) .

والوجه فى أحدالد همين واضح ، لان مدعى الدرهم قداعترف لساحبه بأنه لا يستحق من الدرهم الثانى شيئا ، وانما يبقى النزاع بينهما فى درهم، و كل منهما يدعيه ، وقد حكم عليه السلام بالقسمة بينهما أيضا ، وحينتذ فلمدعى الدرهم الثانى فمن ونصف ، أما الدرهم فلاعتراف صاحبه له به ، وأما النصف من الدرهم الثانى فمن حيث حكمه (عليه السلام) فى الدعوى على هذه الكيفية بالقسمة انصافاً .

ويستفاد منه كون الحكم كذلك في كل عين ادعاها اثنان معاثبات يديهما عليهما ولايينة ، أويكون لكلمنهما بينة ، الاأنه لارجحان لاحديهماعلى الاخرى وظاهر الرواية المذكورة وكذاك لام جملة ممن ذكر المسئلة هو أن الدرهم يقسم بينهما انصافاً من غير يمين .

والمفهوم من كلام جملة من المتأخرين أنه لابد من أن يبحلف أولاً كل منهما للاخر على استحقاق النصف ، ومن نكل من أحدهما قضى به للاخر ، ولو نكلا معا أو حلفا قسم بينهما ضفين ، بل صرح بذلك في التذكرة فقال : لوكان في يبد شخصين درهمان فادعا هما أحدهما و ادعبى الاخر واحداً منهما اعطى مدعيهما معا درهما وكان الاخر (١) بينهما ضفين ، لان مدعى أحدهما في منازع في الدرهم الاخر فيحكم به لمدعيهما ، وقد تساويا في دعوى أحدهما يداً ودعوى فيحكم به لهما .

هذا اذا لم يوجد بينة ، والاقرب أنه لابد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الاخر الذى تسادم دعواهما فيه ، فمن نكل منهما قنى به للاخر ، و لو نكلا مما أو حلفا معا قسم بينهما نسفين لما رواه عبدالله بن المغيرة ، ثم ساق الرواية كما قدمناه . انتهى .

⁽١) أي الدرهم الآخر الذي هو محل الدعوي. منه رحمه الله.

و ظاهره حمل اطلاق الخبر على هذا التنسيل الذى ذكره حيث أنه مغتنى القواعد عندهم ، وقال فى الدروس بعد فرض المسئلة وان فى الرواية المشهورة للثانى نصف درهم ، والباقى للاول ما لفظه ويشكل اذا ادعى الثانى النصف مشاعاً فانه يقوى القسمة نسفين ، ويتحلف الثانى للاول وكذاكل مشاع . انتهى .

قال بعض الافاضل(١): وكأن نظره(٢) على أن النصف فى الحقيقة بيدالاول و النصف بيد الثانى ، فيكون البينة على و النصف بيد الثانى ، فمدعى التمام خارج بالنسبة الى الثانى ، فيكون البينة على الاول و اليمين على الثانى ، لكن العدول عن الرواية المعتبرة مشكل ، وسيأتى انشاء الله تعالى فى لاحق هذه المسئلة مافيه مزيد ايضاح للمقام .

ومنهاما لو أودعه انسان دينارين وآخر ديناراً وامتزج الجميع ثم تلفأحد الدنائير الثلاثة ، فان الحكم هناكما في سابق هذه المسئلة ، لما رواه في الفقيم والتهذيب عن السكوني (٣) عن جعفر عن أبيه عن على (عليهم السلام) وفي رجل استودع رجلا دينارين واستودعه آخر ديناراً فناع دينار منها فقضي أن لساحب الدينارين ديناراً ويقتسمان الدينار الباقي بينهما تصفين » .

وجملة من المتأخرين قيدوا الحكم المذكور بما اذا كان امتزاج الدنانير وكذا ضياع أحدهما بغيراختيار ولاتفريط من الامين ، والا لكان ضامناً ، فيخرج

⁽١) هو القاضل الخراساني في الكفاية . منه رحمه الله .

⁽۲) قوله وكأن نظره الى آخره ، أقول : توضيحه هو أنه من حيث كون الدهمين في يديهما معاً فكان الامريرجع في الحقيقة الى أن درهماً في يديالاول وهو مدعى الدهمين ، وددهماً في يديالاول وهو مدعى الدهمين ، وحيثت في في المدهمين عارج لكون ما يلعيه من المدهمين ، ليس في يسده ، وانما في يسله واحد خاصة فيكون عليه البيئة من حيث كوته خارجاً ، و البمين على المثاني من حيث كونه منكراً لدحدوى المدهمين فيقدم قوله بيمينه ، فاذاحلف على نفى استحقاقه المدهمين بقى الاخرينهما انصافاً أيضاً، قال : وهكذافي كل مشاع كماذكر الشهيد ، ومنها لوكان في يديهما ثوب ادعاه أحلهما كملا وادعى الاخرتصفه ، قانه يقدم قول الاخر بيمينه ويقسم الثوب بينهما انصافاً ، و الوجه في قسمة المدهم الباقي انصافاً بعد ألم المناس المناس عاصة ، وهو يتضمن الاقراد لصاحبه بدرهم ، فيبقى المدهم الاخرينهما منه درهمه اقه .

⁽٣) الفقيهج ٣ ص ٢٣ ح ١ ، التهذيب ج ٢ ص ١٨١ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٧١ ح ١ .

عن محل المسئلة ، لانها بعد تضمينه يقتسمان بغير كسر وهو حسن ، قال في التذكرة فان كان بغير تفريط في الحفظ ولا في المزج بأن أذن له في المزج أو حسل المزج بغير فعله ولا اختياره ، فلاضمان عليه ، لاصالة البراءة ، ولو فر ط ضمن التالف .

وقال فى الدروس بعد ذكر هذه المسئلة على أثـر سابقتها : وهنا الاشاعة ممتنعة ، ولو كان ذلك فى اجزاء ممتزجة كان الباقى أثلاثاً ، ولم يذكر الاسحاب فى هاتين المسئلتين يميناً ، و ذكر وهما فى باب الصلح فجاز أن يكون ذلك الصلح فهرياً ، وجاز أن يكون اختياراً . فان امتنعا فاليمين . انتهى .

أقول: أما قوله « ولميذكر الاصحاب في هاتين المستلتين يميناً » فان فيه أن ماقدمنا نفله عن التذكرة ، في المستلة السابقة صريح في اختياره اليمين ثمة ، والظاهر أنه غفل عن الوقوف عليه في الكتاب المذكور ، وهو ظاهر جملة ممن تأخر عنه منهم الشهيد الثاني وغيره .

نعم لم أقف على من ذكر اليمين هنا وبذلك اعترف في المسالك أيضاً .

وأما ماذكره منأن الاصحاب ذكروهما في باب السلح فجازأن يكون الصلح قهرياً ، ففيه ماقدمنا ذكره في صدر المسئلة من أن اير ادهما في هذا الباب لاوجه له بالكلية ، لعدم انطباق العنوان عليهما ، وعدم جريان الشروط فيهما ، بل ظاهر الروايات المذكورة هوكونه صلحاً فهرياً كما احتمله وأنه ليس من باب السلح الاختياري الذي هو موضوع هذا الباب .

وأما قوله دولوكان ذلك في أجزاء ممتزجة كان الباقي أثلاثاً ، فتوضيحه أنه لوكان بدل الدنانير المفروضة في هنمالمسئلة مايمتزج أجزاؤه مع تساوى الاجزاء بحيث لا يتميز كالحنطة أوالشعير أوالارز أونحوها ، فأودعه أحد قفيزين من حنطة مثلا واستودعه الاخر قفيز أمنها أيضاً ، فامتزج الجميع وتلف قفيز منها بعد الامتزاج فانهم قالوا أنه يقسم المال التالف على نسبة المالين ، وكذا الباقي فيكون لساحب القفيزين قفيز وثلث قفيز ، ولساحب القفيز ثلثا قفيز ، والفرق ظاهر ، لان الذاهب هنا عليهما معاً من حيث الامتزاج ، وتساوى الاجزاء بخلاف الدنانير ، فان الذاهب مختص بأحدهما ، أما صاحب الدينادين ، او صاحب الديناد .

بقى الاشكال هنا من وجه آخر ، كما بنه عليه شيخنا الشهيد الثانى ، قال فى المسالك بعد ذكر المسئلة : هذا هو المشهود بين الاصحاب ، ومستنده دواية السكونى عن ألمسادق (عليه السلام) ويشكل الحكم مع ضعف المستند ما بأن التالف لا يحتمل كونه بينهما بل هو من أحدهما خاصة ، لامتناع الاشاعة هنا والموافق للقواعدالشرعية القول هنا بالقرعة ، ومال اليه فى الدروس الاأنه تحاشى عن مخالفة الاصحاب ، ومقتنى الرواية أنه يقسم كذلك وان لم يتصادم دعواهما فى الديناد ، و أنه لايمين ، و كذا لم يذكر الاصحاب هنا يميناً ، بناء على كون الحكم المذكور فهرياً كما ذكر وه فى المسئلة السابغة ، و دبما امتنعت اليمين هنا ، اذا لم يعلم كل منهما بعين حقه ، انتهى . وهو جيد .

وبالجملة فالظاهر من روايات المسئلتين المذكورتين أن الحكم المذكور فيهما قهرىغيرمشروط بشى منالقيود التىذكروها من يمين وغيرها والله العالم.

ومنها أنه لوكان لواحد ثوب بعشرين درهماً و للاخر ثوب بثلاثين درهماً ثم اشتبها فان خيس أحدهما صاحبه فقداصفه وانتعاس اليع الثوبان وقسمالثمن بينهما ، وأعطى صاحب العشرين سهمين من الثمن ، وصاحب الثلاثين ثلاثة أسهم .

والمستند في ذلك مادواه المشايخ الثلاثة (تو دالله تعالى مراقدهم) عن اسحاق بن عماد (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) ، » في الرجل ببضعه الرجل ثلاثين درهما في ثوب وآخر عشرين درهما في ثوب ، فبعث بالثوبين ولم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال : يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة اخماس الثمن ، والاخر خمسى الثمن قال : فقلت : فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين واختر أيهما شئت ، قال : قدأ تصفه .

وقد اختلف الاسحاب (رضوان الله عليهم) في هذا المقام فذهب الشيخ وجماعة منهم المحقق وغير مالى الوقوف على مادلت عليه الرواية ، وذهب ابن ادريس الى العمل بالقرعة ، قال بعدذ كر المسئلة : ان استعملت القرعة كان أولى للاجماع على أن كل أمر ملتبس فيه القرعة ، و هذا من ذاك ، واليه يميل كلام شيخنا الشهيد

⁽١) النقيه ج٣ص ٢٢ ح١١ ، التهذيب ج٢ص ٢٠٨ ح١٢ ، الوسائل ج١١ ص ١٧ ح١٠

الثاني في المسالك .

ورده العلامة في المختلف فقال بعد نقل ذلك عنه: وليس ببعيد، اذلااشكال مع ورود النقل ايضاً، و هذا المجموع بضاعة لشخصين لكل واحد منهما قدرهمين، فيباع ويبسط الثمن على نسبة المالين كغيرهما من الاموال، وكما لو اشتراهما بالشركة مع الاذن، فإن الشركة قد تحصل بالمزج الموجب للاشتباء كما هي هنا، وإذا كانا شريكين كان لكل منهما بقدر وأس المال الذي له كما لو امتزج الطعامان.

و نقل في المسالك عن العلامة هنا القول بالتفسيل (١) فقال: ان أمكن بيعهما منفر دين وجب ، ثم ان تساويا فلكل واحد منهما ثمن ثوب ولااشكال ، وان اختلفا فالاكثر لصاحبه ، وكذا الاقل بناء على الفالب وان أمكن خلافه ، الا أنه نادر لاأثر له شرعا وان لم يمكن سارا كالمال المشترك شركة اختيارية ، كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على وأس المال ، وعليه تنزل الرواية .

واعترضه فى المسالك بأن ماذكره من البناء على الغالب ليس أولى من القرعة، لا تها دليل شرعى على هذه الموادد ، ومن البائز اختلاف الاثمان ، والقيم بالزيادة والنقصان لاختلاف الناس في المساهلة والمماكسة .

أقول: فيه ماقدمنا نقله عن العلامة في رده لكلام ابن ادريس من أن موضوع القرعة كل أمر مشكل، والحال أنه لا اشكال بعد ورود النص بالحكم النذكور، وبه يظهر ضعف قوله « لانها دليل شرعى على هذه الموارد »، وأن البناء على الغالب في موارد الاحكام الشرعية ، من القواعد الكلية المتفق عليها في كلامهم، والمتداولة على رؤس أقلامهم.

⁽١) أقول: ما تقله عنه من التفصيل قد جعله في المختلف أحد الاحتمالين حيث أنه بعد الرد على ابن ادديس مما تقلناه في الاصول قال: اذنقول انكان الثوبان متساويين فلكل واحد منهما ثوب ، اذقد اشترى بمال كسل منهما ثوباً بانفراده ، وان تفاوتا أعطى صاحب الثلاثين الاجود منهما اذا لتظاهرذلك وان جاذ خلافه فهو نادد لا اعتباد في تظرا لشرع له ، فا لقرعة لاوجه لها البئة كما توهمه ابن ادديس . انتهى وهو تقرير لما نقله عنه في المسالك بنوع آخر وان رجع في المعنى الى ما نقله . منه رحمه الله .

ثم انه قال في المسالك: وعلى تقدير العمل بالرواية يقصر حكمها على موردها ، ولا يتعدى الى الثيباب المتعددة ، ولا الى غير هما من الامتعة و الاثمان ، مع احتماله لتساوى الطريق .

واستقرب في الدروس القرعة في غير مورد النص . وهو حسن ، ولو قيل به فيه كما اختاره ابن ادريس كان حسنا أيضاً انتهى .

أقول: ذهاب ابن ادريسالى القرعة هنا ... بناء على أصله الغير الاصيل من رد الاخبار بأنها أخبار آحاد لايفيد علماً ولاعملا جيد ، أما على مذهبه (قدى سره) فهو غير جيد ، ولهذاأنه قال أولافى صدر كلامه بعد نقل قول الشيخ وقول العلامة بالتفسيل ، ما صورته : و أنكر ابن ادريس ذلك كله ، و حكم بالقرعة ، لانها لكل أمر ملتبس ، وهو هنا حاصل ، وهو أوجه من الجميع ، لو لامخالفة المشهور ، وظاهر النص مع أنه قضية فى واقعة يمكن قصره عليها ، والرجوع الى الاصول الشرعية التهسى .

وهوظاهر في التوقف من حيث النص ، ولكنه هنا عدل عن ذلك ، وهوغير جيد لماعرفت ، وبالجملة فالاظهر الوقوف على النص المذكور في مورده ، والقول بالقرعة فيما خرج عن مورد الخبر كما اختاره في الدروس واستحسنه في المسالك وكيفكان فان السلح هنا بمقتضى العمل بالخبر قهرى ، كما في سابقيه . والتالمالم .

المسئلة السابعة _ لو صالحه على عين بعين أو على منفعة بمنفعة أو على عين بمنفعة أو بالمحسمح، والوجه فيه أن الصلح لما كان مفاده مفادغير ممن العقو والمتقدمة ، وتلك العقود المشاد اليها متعلق بعضها العين ومتعلق بعضها المنفعة لم يمتنع صحة الصلح كذلك ، بل لا يختص جوازه بما ذكر ، فلوصولح على اسقاط خياد ، أو على اسقاط حق أولوية تحجير في سوق أومسجد ، صح أيضاً بعين أومنفعة لعين ما ذكر .

و كيفكان فلوبانأن أحد العوضين كان مستحقا بطل الصلح ، اذاكان ذلك العوض معينا في العقد ولوكان مطلقا رجع ببدله ، قالوا: ولوظهر فيه عيب فله الفسخ وفي تخيش بينه و بين الارش وجه .

قال في المسالك: ولوظهر غبن لايتسامح بمثله ففي ثبوت الخياد وجهان: أجودهما ذلك دفعاً للإضرار وان لم يسحكم بالفرعية وهو خيرة الدروس ، وقد تعدم في خيار الغبن من البيع انه لانص عليه بالخصوص فيمكن استفادته هناكما استفيد حناك من الأدلة العامة انتهى.

المسألة الثامنة .. لوسالحه على دراهم بدنانير أوبنداهم فعلى المشهور من أن الصليح عقد مستقل بنفسه يصح . و على قول الشيخ بالفرعية تصير الصحة مراعاة لمحمول شروط السرف والربا.

قال في المبسوط: اذا ادعى دراهم أودنانير في نمته ، فاعترف بها ثم صالحه بدراهم ودنائير صبح السلح، وهوفر عالسرف ،فماصح فيهصح في السلح ، و ما بطل في الصرف بطل فيه ، ولا يجوز حتى يتقابنا ، فان كان المقربه دراهم ، فصالحه على دنانير معينة أوموصوفة فعينها وقبضها قبل التفرق جاذ ، ولوقبض البعض وفارقه بطل السرف فيما لم يقبض ، ولوادعي عليه دراهم فاقر بها ثم صالحه منها على بعضها لم يجز ، لاتمرباً ولكن التبض بعنهاوأبر له من الباقي صع، وكان هذا السلحف عالابراء انتهى .

وعلى المشهور لايتعلق به حكم السرف من وجوب التقابض قبل التفرق، وأما حكم الربا فانه يبنى على الخلاف المتقدم في باب الربا منانه هل يثبت في كل معاوضة ؟ أم يختص بالبيع ؟ وقد تقدم تحقيق الكلام في ذلك في بابه ، فعلى الاول ينبغي مراعاته هنا أيضاً دون التاني .

و ممن جزم بالاول هنا بناء على ذلك الشهيد الثاني في المسالك ، و ممن جـزم بالثانـي العلامة في المختلف، و مما يتـفرع على الخلاف المذكـور هنا أيمناً مالو أتلف على رجل ثوباً قيمته درهم مثلا فسالحه عنه على درهمين، فاك ان قلنا ان الواجب ضمان القيمي بمثله كما هو أحد القولين ليكون الثابت في النَّمة ثوباً سبح السلح المذكور ، لأن السلح وقسع عن الثوب ، لاعن الدراهم الذي هو قيمته ، وان قلنا أن القيمي يسمن بقيمته ، فاللازم لنمــة المتلف الما هو الدراهم ، فعلى هذا اذا صالحه بدرهمين تغرع صحة الصلح هنا على الخلاف المتقدم للزوم الربا ، فيصح السلح عند من قال بتخصيص التحريم بالبيع ، ويبطل عند من قال بالعموم في جميع المعاوضات ، ولهذا اختار في المسالك هنا البطلان، بناء على ما اختاره أيضاً من وجوب ضمان القيمي بقيمته .

المسئلة التاسعة الوادعي اثنان عينافي يد ثالث من دارأوثوب أونحوهما بأنها لهما بالمناصفة ، وصرحا معاً بالسبب الموجب للملك من أنهما ورثاهمامعاً أو وكلا من شراهالهمامعاً بالمناصفة ، أو تحوذلك فسدق المدعى عليه أحدهما فيما يدعيه منأن النصف له ، وكذب الاخر ، ثم انه صالح المدعى عليه ذلك الذى صدقه على النصف الذي أقرلهبه بعوض ، و حينتُذ فان كان هذاالسلح باذن شريكه سابقاً على الصلح ، أولاحقا بناء على صحة الفضولي سح السلح على تمام النصف الذي وقع العقد عليه ، ويكون العوش بينهما نصفين ، كماأن الاصلكان كذلك ، وان لم يكن الصلح باذن شريكه سح السلح في حقه المقرله . وهوالربع الذي هو ضف ما وقع عليه الصلح ، وبطل في ربع شريكه ، ويكون شريكا مسع المدعى عليه بذلك الربع، والوجه في ذلك انه لما اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضيا للشركة بالمناصفة كمافرضناه سابقا ،فاقرارالمدعى عليه لاحدهما يقتضى اشتراكهما فيما أقربه ، وان لم يصدق هما على السبب الموجب للاشتراك ، لان مقتضى السبب المذكور كالميراث ومحوه هوالتشريك ، ويمتنع استحقاق المقرله بالنصف خاصة دون شريكه ،كماأن الفائت يكون ذاهباً عليهما بمقتنى اقرادهما بسبب الشركة ، و من أجل ذلك تفرع عليه ما قدمناه من التفسيل بسحة الصلح على النصف مع اذن الشريك ، و الاشتراك في الموض وعدم الصحة الأفي الربع معممالاذن ، وكونالشريك حينتدش يكا للمدعى عليه بالربع .

هذا كله فيما اذا صرحا بالسبب الموجب للملك بالاشاعة و المناصفة ، أما لولم يسرحابما يقتضى الشركة سواء سرحا بما ينافيه أملاكمالو ادعى أحدهما ملك صف المدعى فيه بالميراث ، وادعى الاخرملكه بالشراء ، فانهما لا يشتركان فيما أقرب المدعى عليه ، فان ملك أحدهما لا يستلزم ملك الاخر ، فلا يقتضى

الاقرار لاحدهما بما يدعيه مشاركة الاخر اياه. (١)

قال في المسالك بعدد كر الحكمين المذكورين: هذا تقرير ماذكره المنسف وجماعة في القسمين، وفيه بحث ، لان هذا لا يتم الاعلى القول بتنزيل البيع والسلح على الاشاعة ، كالاقراد، وهم لا يقولون به بل يحملون اطلاقه على ملك البايع والمصالح ، حتى لوباع ابتداء مالك النصف نسف المين مطلقا السرف الى نسيبه ، ووجهوه بأن اللفظ من حيث هو وان تساوت نسبته الى النسفين ، الأأنه من خادج قد ترجح انسرافه الى النسف المملوك للبايع ، نظراً الى اناطلاق البيع انما يحمل على المتعادف في الاستعمال ، و هو البيع الذي يترتب عليه انتقال الملك بغمل المتعادف في الاستعمال ، و هو البيع الذي يترتب عليه انتقال الملك بغمل المتعادف في الاستعمال ، و هو البيع الذي يترتب عليه انتقال الملك بغمل المتعاقدين ، ولا يجرى ، ذلك الافي المملوك بخلاف الاقراد ، فانه اخباد عن ملك العير بشيء ، فيستوى فيه ماهوملكه وملك غيره ، وحينئذ فاللازم هنا أن ينسرف الصلح الى نصيب المقر خاصة ، فيصح في جميع الحصة بجميع الموض ، وتبقى المنازعة بين الاخر والمتشبث .

هذا ان وقع السلح على النصف مطلقاأوعلى النصف الذى هو ملك المقرله . أمالو وقع على النصف الذى أقربه المتشبث توجه قول الجماعة لان الاقرار ينزل على الاشاعة والسلح وقع على المقربه ، فيكون تابعاًله فيها، وعلى هذا ينبغى حمل كلامهم ، لثلاينافى ماذكروه من القاعدة التي ذكر ناها .

وهذا توجيه حسن لم ينبهوا عليه ، وانما ذكرالشهيد (رحمة الله عليه) في بعض تحقيقاته احتمال انسراف السلح الى حسة المقرله من غير مشاركة الاخر مطلقا ، وتبعه عليه الشيخ على (رحمة الله عليه) انتهى .

أقول : وينبغى اولا ايشاح ماذكره ، ثم بيان ما فيه فنقول : قول ان هذا لايتم الا على القول بتنزيل البيع والصلحعلى الاشاعة ، الى آخره بمعنىأنه لوباع

⁽١) قبل : ومثله ما لوادعى كل منهما أنه اشترى النصف من غير تقييد بالمقيد نهم لوقالا اشتريناها مما أو اتهبناها وقبضنا سماً ونحوذلك ، فقد حرر في التذكرة أن الحكم فيه كالاول الاحتراف المقربال السبب المقتشى لتملكه قد افتقر بتملك الاخر ، ويحتمل العلم ، لأن نقل الملك لائتين بهذا الوجه بمنزلة الصفقتين . منه رحمه الله .

شخص حصته من مال مشترك بينه و بين غيره كالنصف مثلا فانه بمقتضى تقريرهم لم ينصرف إلى ماله ، بل إلى النصف المعلوم المشاع مطلقاً بينه وبين شريكه ، فيكون العبيع ربع البايع وربع الشريك ، وهم لايقولون به في البيع ، ولافي الصلح ، بل يخصونه بنصف البايع والمصالح ، و انما ينزل على الاشاعة الاقراد ، فلو أقر بالنصف للغير يكون اقراداً بربعه وربع الشريك ، ووجه الفرق بين الامرين أن البايع انما يبيع مال نفسه ، ولا يصح بيع مال غيره الا فنولا على القول به ، أو وكالة ، وهما منتفيان هنا ، فينصرف إلى ماله كما هو المتبادد والمتعادف ، بخلاف الاقراد فإنه كالشهادة بأنه للغير ، وهو قد يكون في ماله ، وقد يكون في ماله ، وقد يكون في النسبة بالنسبة المال غيره ، فيكون الموضكله له ، لا أنه يكون انسافاً كما ذكروه ، والنزاع بالنسبة بيقي للشريك الاخر مع المدعى عليه .

هذا اذاكان السلح على النصف مطلقاً ، أو على النصف الذى هو ملك المقرله ، وأما اذا صالح المقرله على النصف الذى أقر له به كان السلح هذا منز لا على الاشاعة ، لانه تابع للاقرار المنزل على ذلك كما عرفت ، فيكون قول الجماعة متجهاً على هذا الوجه ، وعلى هذا ينبغى حمل كلامهم ، هذا حاصل ماذكره (قدس سره).

وفيه أولا أن الظاهر أن قول الجماعة بان اطلاق البيع والسلح انما ينصرف الى ملك البايع والمسالح دون الشايع بانما هو في المال المشترك الخالى عن النزاع ، والقاعدة المذكورة انما هي بالنسبة الى ذلك ، وما نحن فيه ليس كذلك لوجود النزاع وعدم ثبوت نسف خالص للمسالح ، بل الثابت له بحسب الشرع انما هو الربع كما عرفت ، لان الفرض أن ما اعترف به المدعى عليه ، مشترك بينه وبين شريكه بحسب نفس الامر ، وظاهر الشرع من حيث إقرارهما بموجب الشركة ، ولا تزاع في أن ما أقر به المدعى عليه مشترك بينه وبين شريكه ، فهو انما صالح على ربعه ودبع شريكه ، اذ ليس نصف المصالح عليه الاذلك ، وبه يظهر أن ما نحن فيه ليس من جزئيات القاعدة المذكورة ، و لا من أفرادها لتحصيل المنافاة نحن فيه ليس من جزئيات القاعدة المذكورة ، و لا من أفرادها لتحصيل المنافاة

كما ذعمه (قدس سره).

وثانياً _ أنه مع الاغماض عن ذلك _ فان الظاهر من المقام والمتبادر من سياق الكلام كما صرح به من ذكر المسئلة من علمائنا الاعلام(١) أن السلح انما وقع على النصف الذى أقر له به المدعى عليه ، ولم يقصد المدعى عليه ، والمذى أقر له الا ذلك ، لاأن السلح وقع على صفه الذى له في نفس الامر والخروج عن قاعدة البيع والسلح انما يحصل على الثانى ، دون الاول وبما ذكر ناه يظهر أيناً أن الاحتمال الذى ذكره الشهيد (رحمة الله عليه) وتبعه عليه الشيخ على (وحمة الله تعالى عليه) ليس بجيد ، والله العالم .

المسئلة العاشرة - قالوا: لو ادعى عليه شيئاً فأنكر فسالحه المدعى عليه على سقى ذرعه أو شجره بمائه، قيل: لا يبجوذ، لان العوض وهو الماء مجهول، وهذا القول منقول عن الشيخ (رحمة الله عليه) والمشهور الجواز مع ضبطالسقى بمدة معلومة، ومثله ما لو كان الماء معوضا.

وبالجملة فانه يبجوز السقى بالماء عـوضاً للصلح ، بأن يكون مودده أمراً آخر من عين أو منفعة ، وكذا يجوزكونه مورداً له ، وعوضه أمراً خر من عين أو منفعة ،كل ذلك مع ضبطه بمدة معلومة .

والشيخ قد خالف في الجميع ، محتجاً بجهالة الماء ، مع أنه جو ز بيع ماء العين والبئر وبيع جزء مشاعمته ، وجوز جعله عوضاً للصلح ، كذا قالوا .

⁽۱) ومن ذلك عبارة المحقق في الشرايع حيث قال: ولو ادعى اثنان داراً في يمله ثالث بسبب موجب للشركة كالميراث فصلق المدعى عليه أحدها، وصالحه على ذلك النصف بعوض، فان كان باذن صاحبه صحح الصلح في النصف أجمع، وكان الموض بينهما وان كان بغير اذنه صح في حقم، وهو الربع، انتهى، ولا يخفى أن قوله فصالحه على ذلك النصف مراد به النصف الذي أقر له به الذي صاد بالاقراد مشتركاً بينه وبين صاحبه، فالاشارة داجعة اليه كما هو ظاهر والشادح قد جرى في تقرير معنى العبارة على ذلك أيضاً، فقال في أثناء الكلام: فاذا صالح المقر له المثبت على النصف المقر له فان كان الصلح باذن صاحبه الى آخره وهو ظاهر في أن الصلح انما وقع على ذلك النصف المقربه، وعلى هذا النهج كملام غيرهما من الاصحاب (رضوان الله عليهم). منه دحمه الله.

أقول: ويمكن أن يكون منعه من الصلح على السقى المذكور من حيث عدم الضبط بالمدة ، فانهم انما جو ذوا ذلك مع الضبط بها ، ويدل عليه اطلاق كلامه ، فانه لا دلالة فيه على المنع مع الضبط ، بالمدة ليتجه نسبة الخلاف اليه في المقام .

وبالجملة فانه يمكن تخصيصه المنع هذا بغير المضبوط ، فيكون موافقاً لما ذكروه ، والاعتراض عليه ـ بأنه صرح بجواز بيع ما العين والبئر وجزء مشاع منه وجو ز جعله عوضاً للصلح ـ يمكن دفعه بأن الما و في صورة محل البحث مجهول لايدخل في أحد الاقسام المذكورة ، لانه لم يستحق بالصلح جميع الما ، ولا بعضاً منه معيناً ، وانما استحق سقياً لا يعرف قدره ، ولا مدة انتهائه ، ومن ثم شرطوا في الجواز ضبط المدة ، وهو لم يصرح بالمنع مع الضبط كما عرف .

بقى الكلام فيما لو تعلق الصلح بسقى شى مضبوط دائماً أو بالسقى بالماء أجمع دائماً وان جهل السقى ، و نفى البعد عن الصحة شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك والروضة ، للتسامح بذلك فى باب الصلح ، و هو غير بعيد لما قدمناه وذكره غير واحد من الاصحاب من أن مبنى الصلح على المساهلة والمسامحة .

قالوا: وكذا يسح السلح على اجراء الماء على سطحه أو ساحته بعد العلم بالموضع الذى يجرى فيه الماء ، بأن يعرف مجراه طولاً وعرضاً ، لير تفع الجهالة عن المحل المسالح عليه ، ولا يعتبر تعيين العمق ، لان من ملك شيئاً ملك قراره الى تنوم الارض ، ولا فرق فى ذلك بين جعله عوضاً بعد المنازعة وبين ايقاعه ابتداء ، وقد أطلق جملة منهم حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهدته لير تفع الغرر ، وقيد آخرون بمشاهدته أو وصفه خروجا من الغرر ، لاختلاف الحال بقلته وكثرته ، فقد يتعلق الغرض بأحدهما دون الاخر ، ولوسقط السطح بعد الصلح أو احتاجت الساقية الى اصلاح فعلى مالكهما ، لتوقف الحق عليه ، وليس على المصالح مساعدته .

المسئلة الحادية عشر - الظاهر أنه لا خلاف في أنه لو قال المدعى عليه : صالحنى عليه فان ذلك لا يكون اقراراً بالملك ، لان السلح يسبح مع الانكار ،

فطلبه هنا لايستلزم الاقراد ، اذ قد يكون ذلك لاجل دفع المناذعة والمخاصمة و خالف فيه بعض العامة حيث ذعم أن السلح لا يسح الامع الاقراد : وفرع على ذلك ان المدعى عليه لو قال قبل الاقراد سالحنى على العين التي ادعيتها يكون ذلك منه اقراداً، لا نه طلب منه التمليك، وهو يتضمن الاعتراف بالملك ، فساد كما لو قال : ملكنى

وفيه أنه متجه بناءً على أصله المذكور من حيث تخصيص الصلح بالاقرار وأما على ماهو المتفق عله عندنا وعند جملة منهم من صحة وقوعه على الاقرار والانكار ، فطلبه لايكون موجباً للاقرار .

نعم لوقال: بعنى أوملكنى اقتضى ذلك الاقرار بعدم ملكه له، لانه صريح فى طلب التمليك المنافى لكونه ملكاله ،لاستحالة تحصيل الحاصل، وبالجملة فانه لااشكال فى اقراره بعدم الملك بقوله ذلك.

بقى الكلام فى أنه هل يكون بذلك ملكا لمن طلب منه البيع أوالتمليك أم لا ؟ الاقرب العدم ، لانه يحتمل أن يكون المطلوب منه وكيلا ، واذا قام احتمال ذلك لم تتم الدلالة على كونه ملكاله .

وبالجملة فالمترتب على الافرار المذكور هوكونه مالكا ليبيع ، لامالكا للمبيع ، لانه أخص ، والعام لايدل على الخاص .

وقيل: نعم لواقترن بذلك كون المطلوب بيعه تحت يدالمخاطب ترجع جانب ملكه، لدلالة اليد على الملكية، والاسل عدم مالك آخر، قال في المسالك: وقد تنبه لذلك العلامة في المختلف والشهيد في الددوس وهو قوى . انتهى .

أقول: لا ينخفى أن ما تقدم من الكلام وبه صرحوا أيضاً أن مبنى الشك فى كونه ملكاً لمن طلب منه البيع وعدمه _ انما هو على اقراره من غير اضمام شىء آخر له من خارج يدل على الملكية أوعدمها ، والا فمع انشمام ما يدل على أحد الامرين لااشكال فى الحكم بمادل عليه .

وبه يظهر أن ما ذكروه من هذا الفرع لأأعرف له مزيد فائدة على أن ما ذكروه من مجر ددلالة اليد على الملكية محل توقف ، بل لابد مع ذلك من ادعاء الملكية ، والا فان المال في يد الوكيل أيضاً لكنه معترف بالوكالة عن الغير ،

هذا بحمدالله سبحانه ظاهر لاسترة عليه .

الثانية عشر وفيها حكمان _ احدهما انه لوضين شخص عن شخص مالا باذنه ثم صالح الضامن المضمون له بأقل مماضمنه لم يكن له الرجوع على المضمون عنه الابما صالح به ،والظاهر أنه لاخلاف فيه ، وعليه تدلمو ثقة عمر بن يزيد (١) دقال : سألت أباعبدالله (عليه السلام) عن رجل ضبن ضماناً ثم صالح عليه قال : ليس له الا الذي صالح عليه ودامالكليني والشيخ (دحمة الله عليهما) .

وروی ابن ادریس فی مستطر فات السرائر نقلامن کتاب عبدالله بن بکیر (۲) دقال : سألت أباعبدالله (علیه السلام) عن رجل ضمن عن رجل ضمانا ثم سالح علی بعض ما سالح علیه قال : لیس علیه الاالذی سالح علیه» .

والخبران وانكانا مطلقين بالنسبة الى اذن المضمون عنه وعدمه الا أنه يبجب تقييدهما بالاذن ، لما تقدم فى كتاب الضمان أنه لارجوع الامع الاذن ، و بدونه لارجوع .

وكذا لوصالح المنامن المضمون له عن المال الذى ضمنه بعروض دفعها اليه ، فانه لايرجع على المضمون عنه الا بأقل الامرين من قيمة العروض وماكان في نمة المضمون عنه ، وقد تقدم ذكر هذه المسئلة وتتحقيق الكلام فيها في كتاب المنان فليرجع اليه من أحب الوقوف عليه .

الثانى - يجوز السلح على تعجيل بعض الدين المؤجل بنقصان منه ، ولا يجوز تأجيل شيء منه بزيادة ، ولا يجوز السلح على تعجيل البعض أيضاً بمد الاجل في الباقى .

ويدل على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة باسانيد عديدة فيها الصحيح والحسن عن الحلبي (٣) عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال : سئل عن الرجل يكون له دين الى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول : انقدنى كذاو كذاوأضع عنك بقيته ، أو يقول:

⁽۱) الكافي ج ه ص ٩ ه ٢ ح ٧ التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ٧

⁽٢) التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ٦ و الوسائل ج ١ ٢ ص ١٥٣ ح ١ و ٢

⁽٣) الكافيجه ص٩٥ ٢ - ٤ ، التهذيب ج٢ص٧٠ ٢ - ٢ ، الوسائل ج١٣ ص٨٦ ١ ح١

انقدى بعنه وأمد لك فى الاجل فيما بقى عليك قال: لاأرى به بأساً، انه لم يزدد على رأس ماله ، قال الله عزوجل(١) فلكم رؤس أموالكم لانظلمون ولانظلمون وفى قوله (عليمالسلام) انه لم يزدد على رأس ماله ثم أورد الاية اشارة الى عدم جواذ التأجيل بالزيادة على الحق ، وانكان على سبيلالسلح ، فانه رباء كما يدل عليه إيراد الاية ، فيمكن الاستدلال بالخبر المذكور على تحريم الربا فى السلح أيضاً الا أن الربالازم هنامع النقسان أيضاً ، وكانه حينند مستثنى بالخبر ، ويعضده ايمنا حسنة أبان (٢) عمن حدثه عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال ، سألته عن الرجل يمكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحل الاجل عجل لى النصف من مكون له على أن أضم عنك النصف ، أيحل ذلك لواحد منهما ، قال . نعم » .

المطلب الثاني في تزاحم الحقوق والتنازع في الأملاك:

والكلام فيه يقم في مقامات: المقام الأول قد سرح الاسحاب (د سوان الله عليهم) بأنه يبجوز اخراج الرواش (٣) والاجنحة الى الطرق النافئة اذا كانت عالية لاعشر بالمادة ، وهما عبادة عن اخراج خشب من حائط المالك الى الطريق بحيث لا يسل الى الجداد المقابل له ويبنى عليها ، ولو وسل الى الجداد المقابل له ويبنى عليها ، ولو وسل الى الجداد اسمى ساباطاً وعلى هذا فهما عبادة عن أمر واحد ، ودبما فرق بينهما بأن الاجنحة ينضم اليها مع ما ذكر أن يوضع لها أعمدة من الطريق ، ودبما قيل ذلك في الرواشن .

والكلام هنا يقع في مواضع : الاول - المرجع في التشر دالي العرف بالنظر

⁽١) سورة البقرة الآية ٢٧٩

⁽٢) الكافئ ج٥ص٥٥ ح٢ ، التهديب ج٢ص٥٠ ح ٥ ، الوسائل ج١٦ ص١٦ ح٢

⁽٣) قال في مجمع البحرين: الرواشن جمع الروشن وهي أن يخرج اختثاباً السي المدرب ويبن عليها ويجعل عليها قوائم من أسفل. انتهى ، وفي اللغويبن الروشن بأنه الكوة كذا ذكره المحقق الشيخ على على ما في شرح القواعد. وفي القاموس: الروشن الكودة ، فليتأمل فلمل الغلط في أحد الموضعين ، ولا يحضرني الان من نسخ الكتابين ما يمكن تحقيق المحال منه فان تحريف الكوة بالكودة أوبالمكس قريب فليلاحظ منه رحمه الله .

الى المادة فى تلك الطريق وما يليق بها ، فلوكانت من الطرق التى تمر فيها المجيوش والمجمال والفرسان وجبأن لايش بالعماديات والكتايس ، واعتبراد تفاع ذلك بحيث يمرفيه الفادس لا يسمر ومحهم الاعلى عنقه ، واعتبر الملامة فى التذكرة أن يتمكن الفادس من المعرضة ودمحه منتصب لا يبلغه ، قال : لانه قد تزاحم الفرسان فيحتاج الى أن تنصب الرماح، ومنعه فى الدوس لندته ، وقواه فى المسالك لامكان اجتماعهم مع امالته بحيث لا يبلغهم .

الثانى - المغهوم من كلامهم وتفييداً لنر دبالمادة كما قدمناذ كرماً تعلواً نس بغيرهم من جاد وتحوم بحيث استازم الاشراف عليه لم يمنع منه ، كما لا يمنع لوكان وضع البناح والروشن في ملكه فاستلزم الاشراف على جاده .

وخالف في ذلك العلامة في التذكرة فقال: بالمنع من ذلك فارقا مينه وبين الوضع في ملكه، قال في الكتاب المذكور: اذا أخرج جناحاً أو روشناً في الشادع النافذ فقد بيننا أنه ليس لاحد منعه مع عدم التشرد به ، فلو تشرد جاره بالاشراف عليه قالاقرب أن له المنع ، لانه قد حسل به الشرد ، بخلاف مالوكان الوضع في ملكه فانه لا يمنع وان حصل معه الاشراف ، لان للانسان التسرف في ملكه كيف شاء ، ويمنع في الملك من الاشراف على الجاد لامن التعلية المقتضية لامكانه، قال: ولست اعرف في هذه المسئلة بالخصوصية نساً من الخاصة ولامن العامة ، وانما سرت الى ما قلت عن اجتهاد ، ولعل غيرى يقف عليه أو يجتهد فيؤديه اجتهاده الى خلاف ذلك انتهى ملخصاً.

داعترضه في المسالك فقال: وفيه نظر لان المعتبر في الموضوع في العلريق عدم الاضراد بأهل الطريق، لانه موضوع للاستطر اقفيمتنع ما ينافيه، أما اعتباد عدم الاضراد بغيرهم فلادليل على المنع منه، بل قد تقدم أنه لايمنع مما يض بغير من يعتاد سلو كه خاصة، فضلا عن غير الماد، والجاد خارج عن ذلك كله، فلاوجه للمنع مما يقتضى اضراده، كما لوأحدث بناء في مباح يقابله واستلزم الاشراف عليه، وكلام الملامة وغير محيث قيدوا الضرد بالمادة دليل عليه؛ وانما عمم هوالضرد في فرعه. انتهى.

أقول: ويقول العلامة (قدس سره) في هذه المسئلة ولست أعرف في هذه المسئلة نصا وانماسرت الى ما قلت عن اجتهاد ، تعلق المحدث الامين الاسترابادى ونحوه من الاخباريين في التشنيع على المجتهدين، ويمكن الاعتذار عنه (قدس سره) بأن مراده بالاجتهاد انما هو الاستنباط من الادلة العامة ، فانه انمانغي وجود الخبر الخاص بهذه المسئلة ، فلا ينافيه امكان استنباط دليل لها من الادلة العامة ، و هو هنا حديث (١) ولاضرر ولاضرار، لانه انما استند في المنم بضرر الجار بذلك .

عمم يمكن أن يبجاب عن ذلك بأن النرد المنهى عنه انماهو نفس الاشراف لاالروشن المقتمني له ، كما لوفعله في ملكه أوأحدث بناء في مباح يقابله واستلزم الاشراف كما تقدم في كلام شيخنا المتقدم ذكره.

الغالث ــما قدمنا ذكره من جواذاخراج الرواشن والاجنحة الى الطرق النافذة مالم يعتر بالمادة هو المشهود ، سواء عادضه فيه مسلم أولم يعادضه أحد، وهو قول الشيخ في الخلاف.

وقال في المبسوط: بأنه لوعاد ض فيه مسلم وجب قلعه ، وبه قال ابن البراج، والاول اختياد ابن ادريس ، مستنداً الى جريان العادة من غير أن ينكره أحد ، قال: وسقيفة بني ساعدة وبني النجاد مشهود تان ، ولم ينكرهما أحد من المسلمين، وفنس المطريق غير مملوكة ، وانعايم لك المسلمون منافعها دون دقبتها . انتهى وبه قال العلامة وغيره ، وماذهب اليه الشيخ في المبسوط هنا نقله في التذكرة عنه ، وعن أبي حنيفة ، قال: وقال الشيخ (رحمه الله) وأبو حنيفة لاعبرة بالمنر وعدمه بل ان عادضه فيه دجل من المسلمين نزع ووجب قلعه وان لم يكن مضراً به ولا بغيره ، والاترك ، لانه بنى في حق غيره بغيراذنه ، فكان له مطالبته بقلعه ، كما لو بنى دكة في المسلوك ، أو وضع الجناح في ملك غيره ، ثم دده بان القياس ممتوع ، قان الغرد يحصل بيناء الدكة ، بخلاف الجناح والساباط والرواشن ، همتوع ، قان الغرد يحصل بيناء الدكة ، بخلاف الجناح والساباط والرواشن ، لان الاعمى يعتبريها ، وكذا في الليل المظلم يعش البصيريها ، ويضيق الطريق فافترقا .

⁽١) القتيه ج٢ ص٢٤ ١ - ١٨ ، الكاني جره ص٢٩٢ - ٢ ، الوسائل ج١٧ص١١ ٣ ح٣

أقول: والعمده في ذلك كله هو اباحة الهواء، وانه غير مملوك هنا للمارة ولا لفيرهم فلامانع من التصرف فيه الاعلى وجه بتضرر به المارة، والمفروض عدمه، فلو حصل الضرر به وجب ازالته ولا ينختص الوجوب بالواضع، وان كان آكد، بل يبب على كل من له قدرة بالامر بالمغروف و النهى عن المنكر.

الرابع - المفهوم من تقييدهم الطرق بالنافذة عدم البواز في الطرق المرفوعة ، والوجه فيه ظاهر ، لانها ملك لاربابها ، كساير الاملاك المشتركة لا يجوز التصرف فيها الاباذن اربابها فلايبوز لاحدمنهم احداث جناح أوباب شارع الاباذن الباقين ، سواء أضر بهم أم لم يشر ، للمنع من التصرف في مال الغير الاباذنه مطلقا ، والمراد بالمرفوعة المسدودة التي لاينتهي الي طريق آخر ولامباح ، بل الي ملك الغير ، والمراد بأربابها من له باب شارع اليها ، ومما يترتب على ملكهم لها جواز سدهم لها عن السكة ، مع اتفاقهم على ذلك ، وكما يحرم التصرف فيها بما ولا الجلوس فيها ، ولا الدواب فيها وتحوذلك الا مع الاذن ، ويمكن الاكتفاء في جواز المرود بشاهد الحال ، وكذا الجلوس خفيفاً ، فلو اتفق في تلك الطرق في جواز المرود بشاهد الحال ، وكذا الجلوس خفيفاً ، فلو اتفق في تلك الطرق المرفوعة السلوك الي مسجد أو رباط أومطهر تأون حو هامن المشتر كات بين المامة لم يكن لا كسحاب الطريق المنع من السلوك اليها ، ولا احداث ساباط أوجناح يضر بالمادة وان رضي أهل السكة ، لا نها صادت مشتر كة بينهم وبين عامة الناس المترددين الى تلك المواضع ، وتحوه لو جعف ه ظاهر مما تقدم .

هذا والمفهوم من كلام الاسحاب من غير خلاف يعرف هو أن الطرق المرفوعة ملك لاربابها ، وظاهر المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) هنا المناقشة في ذلك مستنداً الى المنع منذلك الأأن يعلم بدليل شرعي ، ولو بدعوى الملكية بشرط أن لا يكون مستنده مبعر دالاستطراق ، فان الذي علم من الاستطراق استحقاقهم ذلك لاغير ، ولما كان أكثر الطرق والاستطراق يحصل في غير الملك لا يعلم منه الملكية التي هي منفية بالاصل ، اذلافرق بين المسلوك والمرفوع في الحصول ، الاأن المترددين في الاول أكثر ، هذا غاية ما استند اليه (قدس سره) .

وفيه نظر ، اذلا يخفى أن الظاهر أنه لاخلاف فى أن التصرف امارة الملك ، فلو تصرفاً حد فى شيء وتمات وهو فى تصرفه حكم به ميراثا لورثته ، ولوادى مدع فى أن نصر فه عاد طولب بالبينة ، ولا يبخفى أيضاً أن التصرف غير مضبوط بحد معلوم وانما هو فى كل شيء بنسبته ، يعنى بالنظر الى المنافع المترتبة على ذلك الشيء فكل من تصرف فى شيء بتحصيل المنافع المترتبة عليه ثبت له الملك ، و المنافع المترتبة على الطريق التي بها ثبت التصرف ليس الا الاستطراق ، لانها موضوعة له وان أمكن وجود منافع آخر أيضاً ، الا أن هذا هو المقصود منها والغالب عليها ، وأما ماذكر ، من أن الاستطراق يحصل في غير الملك _ فلا مدل على الملكة

وأما ماذكره من أن الاستطراق يحصل في غير الملك _فلا يدل على الملكة كما في الاستطراق في الشوارع _ ففيه أن ماذكرنا من أن التسرف امارة الملك فان التصرف في كل شيء انما هو بنسبة حاله ، مما يثبت به المدعى ، اذ لاخلاف في هاتين المقدمتين فيما أعلم ، و عدم ثبوب ذلك في الشوارع انما هو من حيث عدم حسر السالك فيها ، والملك لابد أن يكون له مالك معين ، والتصرف الموجب للملك الذي يكون في كل شيء بنسبته لابدأن يكون مستمراً كما في التصرفات في ماير الاملاك .

وحينئذ فلو من شخص في الجادة يوماً ولم يعد اليها في باقي عبره لا يعد مالكاً ، وأن كان قد تسرف مرة ، وهكذا في ساير السالكين وأن تفاوتوا ، بخلاف ملاك السكة المرفوعة . فاتهم مستمرون على الاستطراق منها الى بيوتهم كما في جملة التسرفات في الاملاك مع كونهم معينين محصودين ، وبذلك يظهر لك الفرق بين الطريقين ، وعدم قياس احديهما على الاخرى في البين . والله العالم .

الخامس - قد عرفت أن الاظهر أنه ليس لأحد من المسلمين معارضته في اخراج الجناح والروشن ، ويدخل فيه الجار ، فليس له المعارضة ، ليكون الهواء بينهما ، بل أيتهما سبق استحق ذلك .

نعم للاخر اخراج روشن فيما بقى من الهـواء ، وليس لصاحب الاول منعه مالم يضع على خشبته شيئاً منه ، ويجوزللاخر اخراج روشنه فوق الاول أو تحته مالم يض به ، ويعتبر أن يكون عالياً لا يض بالمارة على الوجه المتقدم ، ولو أظلم الطريق بوضع الثاني أذيل خاصة ، لان الضرر انما حصل به ، وانكان للاول أيضاً اثر في ذلك الا أن الحد الموجب للضرر انما حصل بالثاني .

السادس قال في التذكرة: لو صالح واضع الروشن أو الجناح أو الساباط أرباب الدرب ، وأصحاب السكة على وضعه جاز على الاظهر عندنا ، لكن الاولى اشتراط زمان معين ، لانه حق مالى بتعين المالك فجاز الصلح عليه ، وأخذ العوش عنه كما في القرار ، ومنع منه الشافعية ، بناء منهم على أن الهواء تابع ، فلا يغر د بالمال صلحاً كما لايغرد به بيعاً ، ونمنع مانعية التبعية من الانفر ادبالصلح ، بخلاف البيع لانه يتناول الاعيان ، والصلح هنا واقع عن الوضع مدة ، وكذا الحكم في صلح مالك الدار عن الجناح المشر عاليها من الجواز عندنا ، والمنع عندهم . انتهى . وظاهره أن الحكم اجماعي عندنا في كل من الموضعين ، وانما المخالف وظاهره أن الحكم الجماعي عندنا في كل من الموضعين ، وانما المخالف

وطاهره ال الحكم الجماعي عددنا في دل من الموضعين ، وانما المحالف في المافعية في ما نقله عن الشافعية حيث قال : اذا اخرج جناحاً الى زقاق غير قافذ لم يجز ، لان أربابه معينون ، فان صالحوه على تركه بعوض بأخذونه منه لم يجز ، لان في ذلك افراداً للهواء بالبيع ، وذلك لا يصح . انتهى .

والاصحاب قد نقلوا ذلك عنه أيضاً ، والظاهر أنه غفل عن مراجعة ذلك ، والمحقق في الشرايع قد تردد في المسئلة من أجل خلاف الشيخ أيضاً .

وكيفكان فان الظاهر أن كلام الشيخ هنا (رحمه الله) مبنى على ماتقدم نقله عن نقله عنه من فرعية الصلح على البيع كما هو مذهب الشافعية ، وقد تقدم نقله عن الجميع وبيان ضعفه ، والمفهوم من كلامهم كما هوظاهر عبادة التذكرة المذكورة استحقاق جميع ملاك الطريق المرفوعة لذلك ، وهو مخالف لما صرحوا به كما سبأ تي انشاء الله تعالى من اختصاص الداخل منهم بما بين البابين ، واشتراك الجميع انما يحصل فيما خرج عن الابواب كملا ، فالمناسب للتفريع على ذلك أن يقال : أن الروشن المحدث ان كان خارجاً عن جميع الابواب فالحق للجميع ، والصلح على اخراج الروش مع الجميع ، وان كان داخلا عن بعضها لم يتوقف على اذن الخارج ، وقيل : يتوقف على دضى الجميع كالاول ، وقواً ، في الدروس ، وسيأتي الخارج ، وقيل : يتوقف على دضى الجميع كالاول ، وقواً ، في الدروس ، وسيأتي

الكلام في ذلك أنشاء الله تعالى .

السابع ـ قالوا: لوسقط الروشن فسبق جاره الى وضع روشن فى ذلك الهواء لـم يكن للاول منعه ، لان الاول لـم يملك الموضع بوضع الروشن فيه ، وانما اكتـب بوضعه الاولوية ، كالقعود فى المسجد .

بل قال في التذكرة: لو هدمه جاد قهراً و تعدياً ثم وضع البحاد دوشناً أو جناحاً في محاذاته ومده الى مكان دوشن الاول جاذ ، وساد أحق به ، لان الاول كان يستحق ذلك بسبقه اليه ، فاذا أذال وسبقه الثاني الى مكانه كان أولى ، كرجل جلس في مكان مباح كمسجد أو درب نافذ ثم قام عنه أو أقيم ، فانه يزول حقه من الجلوس ، ويكون لغيره الجلوس في مكانه . وليس للاول ازعاجه ، وانازعج الاول فكذا هنا ، ثم نقل المنع عن بعض الشافعية .

وملخض كلامهم أنه انمايزول حقهبالاعراض عن اعادته لا بالهدم والانهدام كالبجالس في المكان للاولوية ، وبذلك صرح غيره أيضاً ، وظاهره أن غايـة مايلزم الثاني بكس روشن الاول الاثم و الضمان خاصة ، والا فان أولويته تزول بذلـك .

و لا ينخفي مافيه من الاشكال، لعدم النص في ذلك مع ظهور كون الثاني غاصباً وان لم يكن غصب ملك بل غصب أولوية، فاطلاق أدلة الغصب وعمومها يشمل مثل ذلك.

و قد تنبه لما ذكرناه المحقق الاردبيلى (قدس سره) ، حيث أنه بعد نقل كلام التذكرة وما ذكره من كلام بسض الشافعية ، قال : والذى يتخيل أولوية قول بعض الشافعية ، اذ لاشك في حصول الاولوية ، والاصل بقاؤها ، ومعلوم ذواله بالاعراض لا غير ، والظاهر أنه ليس بأقل من التحجير فهسراً يمكن عدم زوال أولوية الحجس ، وبالجملة الحكم ليس بمنصوص ولا مجمعاً عليه على الظاهر ، فليس ببعيد قول بعض الشافعية ، ولا شك أنه أحوط . انتهى .

و أشار بقوله :ليس اقلمن التحجير الى آخرم وانكانت العبارة لايخلو من غموض ولعله لفلط فى الكتاب المنتسخ منه ـ الى ماصر حوابه ثمة من أنه بالتحجير الذى حو شروع فى الاحياء لايصلح لغيره التخطى اليه وان لم يفد مكلاً ، بل

انما يفيد أولوية ، وهو نظير مانحن فيه ، فيكون مؤيداً لما ذكرناه .

ويؤيده أيضاً ماتقدم في أحكام المساجد من كتاب الصلاة بالنسبة الى السابق الى موضع منها من تصريح شيخنا الشهيد الثانى بأنه لو أزعجه مزعج فلا شبهة في اثمه ، وهل يصير أولى بعد ذلك يعتمله ، لسقوط حق الاول بالمفارقة ، وعدمه للنهى ، فلا يترتب عليه حق ، ويتفرع على ذلك بعجة صلاة الثانى وعدمها ، مع أنه (قدس سره) ممن وافق العلامة فيما نقلناه عنه في كتاب المسالك ، والحكم في المسألتين من باب واحد . والله العالم .

المقام الثانى - فى الطرق وهى على قسمين، نافئة ويقال شارعة ، ومرفوعة والكلام فى هذا المقام يقع أيضاً فى مواضع ، الاول - الظاهرأنه لاخلاف بين الاسحاب فى جواز فتح الابواب المستحدثة فى الطرق النافئة ، لان المسلمين فيها شرع ، فيجوز احداث الابواب فيها لمجاوزها ، سوا كان لتلك الدار باب آخر اليها أم الى غيرها من الطرق النافئة ؟ أوالمرفوعة .

أما الطرق المرفوعة فلا يجوز الابرضاء أهلها ، ولاحد الشركاء فيها الاباذن الباقين ، وكذالا خلاف في جواز وضع الميازيب في الطرق النافذة ، واحتج عليه في التذكرة بأن الناس بأسرهم اتفقوا على وضع الميازيب ونصبها على سطوحهم قديماً وحديثا من غير انكار أحد منهم ، فكان اجماعاً هذا اذالم يتضرر بوضعها أحد، فان تضرر بوضعه وجب قلعه .

أقول: الاظهر الاستدلال على ذلك بأصالة الاباحة ، اذلاشي عنا مما ربما يتوهم المنع منه الا الاستطراق الذي هو حق للمسلمين ، والمفروض أنه لايضر به، فيكون كوضعه مشرفا على الاماكن المباحة .

الثانى - يبجوز فتح الرواذن والشبابيك فى الطرق النافذة بلااشكال ، وكذا فى الطرق المرفوعة وأن استلزم ذلك الاشراف على جاده ، لما تقدم من أن المحرم هو الاشراف والتطلع، لاالتصرف فى الملك ، ليستفيد بذلك الاضائة فى بيته .

نعم للبعاد وضع شيء في ملكه يمنع الاشراف عليه وان استلزم سدالنوء ،

ولافرق بين أن يكون لصاحب الحائط الذى فتح فيه الروزنة أوالشباك باب فى تلك الدرب أم لا ، لان له رفع جميع الحائط ، و أن يضع عوضه شباكا فبعضه أولى.

نعم يمنع من فتح الباب لولم يكن له باب قديم ، وأن لم يستطرق فيه دفعاً للشبهة ، اعنى شبهة استحقاقه التطرق ، والمرود من تلك الطريق ، وبهذا يغرقبين فتح الشباك والروزئة بلافع جميع الحائط ، وبين فتح الباب ، فأن الشبهة المذكورة لا تترتب على الرابع ، فأنه بعد تطاول الزمان واشتباه الحال يمكن الاستناد اليه في استحقاق المرود والتطرق من تلك الطريق، بخلاف دفع البحداد فعنلا عن الشباك والروزئة ، فأنه لا يقتمني استحقان المرود به بوجه ، حذاكله إذالم يأذن أرباب تلك الطريق ، فلو أذنو اسقط .

البحث الغالث للوكان في السكة المرفوعة أبواب بعنها أدخل من الأخر فهل يشترك جميعهم في جميع السكة فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم، أم شركة كل واحدين على بما بين وأس السكة وباب داره ؟ لان محل تردده هوذلك المكان خاسة ، المشهود بين الاسحاب الثاني ، والوجه فيه أن المقتضى لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه ، فلايشارك في الداخل ، فحكمه بالنسبة الى هذا الداخل الزايد على بابه حكم الاجنبي من غير أهل السكة .

و قيل: بالاول، فيشترك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة عن الابواب وحوصدد السكة ان كان ذلك ،وعلل باحتياجهم الى ذلك عند اذدحام الاحمال، ووضع الاثقال عند الادخال والاخراج.

و قوى في الددوس هذا القول، و نقل القولين في التذكرة عبن الشافعية، وقال: ان أظهر الوجهين لهم الثاني ، والمسألة غير منسوسة عندنا ، الأ أن الاوفق بالقواعد الشرعية هو القول المشهور ؟ ولوفنل في سددالزقاق فنلة عن الاستطراق فظاهر الاسحاب أن ادباب الابواب فيهاسوا ولاأولوية لواحد على غيره لاستوائهم في الارتفاق بها . بخلاف ما بين البابين أو الابواب، فان أدخلية الباب تفتضى الاستطراق اليه ، وهو مختص بالمستطرق ، فيتحقق الترجيح ، فالادخل بنفرد بما

بين البابين ، وهكذا لوكانت كثر من بابين ، ويشترك الجميع في الطريقين أعنى صدر السكة الخالس عن الاستطراق ، لما تقدم ، وآخرها الزائد على الابواب ، لاشتراك الجميع في استطراقه ،

قال فى التذكرة : فعلى المشهور عندنا ان الادخل عنده ينفر دبما بين البابين ، و يتشاركان فى الطريقين، ولكل منهما الخروج ببا به مع سدالاول وعدمه، فان سده فله المود اليه مع الثانى ، وليس لاحدهما الدخول ببابه ويحتمله ، لانه قدكان له ذلك فى ابتداء الوضع ويستصحب ، وله رفع جميع الجدار فالباب أولى انتهى .

أقول: الظاهر ان هذا الاحتمال مبنى على القول الاخر الذى تقدم تقويته عن الددوس ، والا فانه يشكل بناء على المشهور من حيث اختصاص تملكه بما يستطرقه ، وهو الى الباب الموجود يومئذ ، فاذخاله للباب الى داخل السكة مع أنه ملك غيره من اصحاب الابواب الداخلة مشكل .

و أورد المحقق الاردبيلى (رحمه الله) هنا عليهم اشكالا قد أشرنا اليه فسى الموضع السادى من المسئلة السابقة ، قال (رحمه الله) ثم هيهنا اشكال وهوأ تهم قد حكموا بكون المرفوعة ملكا لكل من فيها ، فالهواء والارضكله ملك مشتركيين أربابها ، وأيضاً قالوا: لا يعجوز لاحد التصرف باحداث الرواشن والاجنحة والساباط و فتح الابواب المستحدثة حتى لغير الاستطراق أيضاً ، وكذا وضع الميزاب ، سواء حسل النسر أم لا الا باذن الارباب ، فمعه يجوز مطلقاً ، فهومؤيد للاشتراك ثم حكموا هنا بالاختصاص بما بين البابين لذى الباب الادخل والاول ، الى أن قال : فكأ نهم جوزوا ما حرموه .

و قد تقدمه شيخنا الشهيد الثانى في المسالك ، فانه أيضاً أشار الى ذلك، ويتفرع على ذلك ما اشرنا اليه آنفاً من توقف وضع البحناح أو الروشن على اذن البحميع ، والتفسيل بما تقدم بناء على كلامهم هنا من اختصاص الداخل بمايين البابين .

الرابع - قال العلامة في التذكرة: يسير الموضع شارعاً بأمور أن يجعل

الانسان ملكه شارعاً وسبيلاً مسبلا و يسلك فيه شخص آخر ، أو يجى وجماعة أرض قرية أو بلدة ويتركوا مسلكاً نافذاً بين الدرب والمساكن ، ويفتحوا البه الابواب ، أو يصير موضع من الموات جادة يسلك الناس فيها ، فلا يجوز تغييره ، وكل موات يجوز استطرافه ، لكن لا يمنع أحد من احيائه بحصول الممرعليه ، فليس هو حكم الشوارع . انتهى .

وقال في الدرروس: يبعوز عمل سرداب في الطريق النافذ، اذا أحكم اذجه ولم يسحس الطريق من وجهها، ولوكان في المرفوع لم يبحز وان أحكم الا باذنهم، ومثله الساقية من الماء اذالم يكن لها رسم قديم، ومنع الفاضل من عمل الساقية وان أحكم الازج عليها في النافذ، أما لوبناها بغير أزج فانه يمنع منها اجماعاً، ويبجوذ لكل أحد اذالتها انتهى.

المقام الثالث في الجدران:

والبحث فيها يقع في موادد: الاقل البحداد بين الملكين اما أن يكون لواحد من صاحبي الملكين ، أويكون مشتركا بينهما ، فانكان مختصا بأحدهما كان له التصرف فيه كيف شاء ، بهدم وبناء وبعو ذلك ، وليس للاخر وضع جذع ولاخشبته عليه الاباذن صاحبه ، و هذا كله مما لاخلاف فيه ولا اشكال ، وان كان مشتركا لم يعجز لاحدهما التصرف فيه الاباذن الاخر ، كوضع وقد وفتح كوة و بعو ذلك ، حتى أنه عد في التذكرة من ذلك أخذ تراب ليترب به الكتاب ، فانه لا يجوز الاباذن شريكه ثم استشنى من ذلك ما لايقع المضايقة به كالاستناد فانه لا يجوز الاباذن شريكه ثم استشنى من ذلك ما لا يقع المضايقة به كالاستناد اليه ، واسناد المتاع اليه اذالم يتضرر الجداد بذلك ، وهذا الحكم عام في جداد النير مطلقا ، لانه بمنزلة الاستظلال بجداد النير ، والاستضائة بسراجه ، ولومنع المالك أوالشريك من الاستناد فهل يحرم أم لا ؟ جزم في التذكرة بذلك وتبعه في المسالك واستقرب في الدروس العدم لا تفاء المنرد قال في المسالك : وموضع الخلاف ما اذاكان المجلس للمستند والالم يعجز اجماعاً .

الثانى: قالوا ، اذا التمس البعاد وضع جندعه على حائط جاده لم مجب على جاده اجابته . نعم يستحب ، و استدل فى المسالك على الاستحباب بمادوى عنه (سلى الله عليه وآله) من قوله ممن كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يمنعن جاده من وضع خشبة على جداده .

أُقول: لم أقف على هذا الخبر في كتب أخبادنا ، و الظاهر أنه من طريق العامة حيث انه نقل في المسالكأن بعنهما جاز وضع الخشب بدون الاذن مستندا الى هذا الخبر .

وكيفكان فان عموم اخبارقناء الحوائج للمؤمنين والتوسية بالبحار ومحو ذلك مما يدل على الاستحباب في مثل ذلك ، فلا بأس به .

ثم انه لو أذن له في الوضع فله الرجوع في الأذن مالم يضعه اتفاقا ، أما لووضعه فقيل : انه ليسله الرجوع لاقتضاء الأذن في ذلك الدوام والتأبيد كالآذن في دفن الميت في الارض ، وللإضرار الحاصل بالتقضحيث يفضي الى خراب ملك المأذون ، ذهب اليه الشيخ في المبسوط وجماعة ، والمشهور بين المتأخرين ، ومنهم المحقق والعلامة والشهيدان وغيرهم أن له الرجوع لانه عارية ، والاصل جواز تصرف المالك في ملكه بأى نحوكان ، قالوا : والحاقه بالدفن قياس مسم الفارق ، لتحريم نبشه ، لامن حيث مخريب البناء والاضرار يندفع بضمان الارش .

أقول: وهذا الجواب جيد، الا أن بعضهم احتمل جواز النقض مجانا من غيرأرش، بناء على أن الاذن انما أفاد العارية، ولازمها الرجوع متى أداد مع اصالة براءة ذمة المالك من ثبوت مال لفيره عليه على تخليص ملكه منه، بـل اصالة البرائة مطلقا.

والقائلون بالاول استندوا الى أنه بناء معترم صدر بالاذن ، فلایبجوز قلمه الابعد ضمان نقصه ، و لان فیه جمعاً بین الحقین ، ولانه سبب الاتلاف لاذنـه ، والمباشر ضعیف ، لانه بالامرالشرعی .

ثمانه على تقدير وجوب الارش فهل هوعوض بمانقست آلات الواضع بالهدم؟

أوهو عبادة عن تفاوت مابين العامر والخراب؟ وجهان: اختاد أولهما في المسالك، وزاد المحقق الاردبيلي (رحمه الله) وجها ثالثاً قال ، ويستمل ثالثاً و هوجميع ما أخرجه المالك في الجداد بعد وضع قيمة الآلات الموجود تعنه ، فتدخل فيه أجرة الاكاد وغيرها وهو الاظهر انتهى .

في حكم الرجوع بعد وضع الخشب المعار

ولواتفقا على بقائه بالاجرة زال الاشكال.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر المحقق المذكور في شرحه على الادشاد الميل الى مذهب الشيخ في المبسوط في هذه المسئلة (١) قال (قدس سره): وظاهر المصنف بل الاكثر جواز اخراج الخشب المعاد ، وانكان مستلزما للخراب على المأذون ، فيعطى الادش ، ويحتمل عدم الجواز ، و هو مذهب الشيخ ، لان العادية في مثل هذا للتأبيد ، فكانه قال : أعرني بحيث يكون دائما عندى مادام الجداد ، ولا يكون لك الرجوع بوجه ، والتزمذلك فساد لازما ، لان المسلمين عندشر وطهم، ولان الاصل في المعقود اللزوم ، وخرجت العادية في غير محل المنزاع بالاجماع ونحوه ، وبقى الباقي ولا نهمستلزم للمنر ر، دولا ضر ولا ضرار في الاسلام »، ولا ينجب بالارش ، اذ قد يكون بحيث لولم يعر الخشبة لسهل عليه تحصيل غير الخشب يبقى دائما ، وقد تغيل بقاؤ مدائما ، وحينتذ يخرب ملكه ، وقد لا يوجد من ببنى اويكون النوح خزائدا بكثير على الاول ولا يعاد ضمان المنع أيضاً ضر على مالك الخشب، لانه فعله بنفسه من غير اجبار ، مع أن العادية عاضية بأن مثل هذه العادية انعاتكون للدوام ، فان أحداً لا ير تكب مثل هذه العادية مع تجويز رجوع مالكه اذاكان

⁽۱) قال (قلس سره) : الثالث على تقدير ثبوت الارش فهل هوعوض ما نقصت آلات الواضع بالهدم أو تفاوت ما بين المعامر والخراب ، وجهان : مبناهما على أن البناء اذا كان محترماً فهو بهيته حق لبانيه فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامر أو خرابا ، لان ذلك هو نقص المالية، و من أن نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار فلا يضمن ، انما تضمن في نقصان النير الذي كان سبب اتلافه و فواته وهو أقوى لان جميعه مال للواضع غايته كونه موضوعاً على ملك النير وذلك الملك انما أثر جواذ القص لاالمشاركة في المالية . انتهى . مند حمداقه.

مستلزماً للخراب ، كما في العارية للدفن ، ولا ينفع الفرق بأن النبش حرام وأنه قياس ، لما تقدم ، ولأن الغرض التمثيل والتأييد ، على أنه قد يقال به ، لظهور العلّة المشتركة ، ويدفع الفرق بأنه على تقدير جواذ الرجوع لا يكون النبش حينتذ حراماً ، بل يكون هذه من الصور المستثنيات الكثيرة .

ثم ان الظاهر على تقدير الجواذ ما كان ينبغى وجوب الارش ، لأنه انما هو بسبب كونه عارية ، وهي جائزة دائماً ، والمالك قد أضر نفسه بقبول العارية الجايزة ، فكأنه جوز على نفسه الرجوع والتخريب لما بنى ، فكأنه المخرب والمهدم ، فلا يتوجه أنه سبب ، ومالك الخشب مباشر ، على أنه اذا كان جائزاً فله أن يجبر مالك الجدار بحكم الحاكم بدفع ماله اليه ، فيكون هو المباش فتأمل ، انتهى

أقول: والمسئلة لخلوها عن النص محل توقف واشكال، والاعتماد على هذه التعليلات في تأسيس الأحكام الشرعية مجازفة ظاهرة، سيما مع تدافعها كما عرفت.

نعم يمكن تأييد مذهب الشيخ بما دل على وجوب الوفاء بالوعد من الآية والرواية ، فان هـذه المسئلة وان كانت من قبيل العارية التى حكمها جـواز الرجوع فيها ، الا أن قرائن الحال تشهد بأن المطلوب منها هنا الدوام ، فان المعير انما أعاد جداره على هذا الوجه ، فلا يجوز له الرجوع بعد ذلك ، لما دل على وجوب الوفاء بالوعد ، ويؤيده حديث الوفاء بالشروط ، والله العالم .

تذنيبان:

الاول - قال في التذكرة: ان رفع صاحب الجذوع جذوعه لم يكن له اعادتها الا باذن جديد ، لأن الاذن الأول زال بزواله وكذا لو أذن في وضع روشن على حائطه أو جناح أو ساباط ، وهو أحد قولي الشافعي .

والثانى أن له الوضع عملا باستصحاب الاذن الأول و كذا لو سقطت الجذوع أو الروشن أوالساباط أوالجناح بنفسه ، ولو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة فكذلك ، لأن الاذن لا يتناول الأمرة ، وللشافعية وجهان ، ولو بناه بغير تلك الآلة

لم يعد الوضع إلا باذن جديد عندنا وعند الشافعية قولًا واحدا ، انتهى .

أقول: ماذكره من الاتفاق على التوقف على الاذن الجديد إذا كان البناء بغير تلك الالة مشعر بالخلاف فيما اذا بناه بتلك الالة ، الأأن ظاهره أن الخلاف إنما هومن الشافعية ، حيث قال: وللشافعية وجهان، مع أن الشيخ قد صرح بذلك في المبسوط أيضاً ، ونقله عنه الاصحاب .

ومنهم العلامة في المختلف قال: إذا أذن له في وضع الجذوع على جداره شم استهدم الجدار للمعير نقضه ، فإذا أعاده قال الشيخ في المبسوط: ان أعاده بتما الآلة الم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه ، وان أعاده بغير تلك الآلة كان له منعه ، وقيل: ليس له منعه ، والأول أقوى (١) ، ثم قال في المختلف: والوجه الاخير لنا أنها عارية ، وللمالك الرجوع فيها خصوصاً إذا لم يتضمن ضرر المستعير ، ولا ضرر هنا ، لان ازالة الجذوع كان سائغاً ، مع ان الشيخ قال أولا : لو انهدم الحائط أو أهدمه المستعير لم يكن له الاعادة إلا باذن مستأنف ، وأى فارق بين الموضعين سوى مباشرة الهدم في الثاني دون الاول ، وتلك لا توجب دوام الاعارة بل نقول أبلغ من ذلك ، وهو أن المائك لو هدم الحائط من غير حاجة لم يكن للمستعير الاعادة وان وجب عليه الارش ان قلنابه ، انتهى .

أقول: ومن أجل اضطراب كلام الشيخ واختلافه هنا كما سمعت من كلام المختلف لم يذكر كثير منهم خلاف الشيخ المذكرو، كما يشير اليه عبارة التذكرة، وكأنهم أخذوا بقوله الموافق لما عليه الاصحاب من المنع من الرجوع مطلقا، وأطرحواهذا التفسيل الذي ذكره، والقولان للشافعية، والشيخ جمع

⁽١) أقول ومما افرعه الشيخ على هذا التفصيل ما لوحلف أن لايستند الى هذا الحائط ثم هـــدم وبنى بتلك الآلة ، فانه يحنث ، قال فى المبسوط وقال العـــلامة فى المختلف : ويقوى فى نفسى أنه لايحنث لان الحائط الثانى ليس هـــو الاول ، لان الحائط عباره عن آلة و تأليف مخصوص ولا خلاف فى أن تأليفه بطل انتهى ، منه رحمه الله .

بين الحكمين المختلفيـن.

اذاعرفت ذلك فهنا شى الم أعثر على مسن تنبه له ولانبه عليه و هو أن ما ذكره الشيخ من التفسيل المتقدم نقله محل الخلاف منه انما هو الشق الاول ، وهو ما اذا اعاد الجداد بتلك الالة فالشيخ حكم بأنه ليس له منعه من الاعادة ، والاسحاب حكموا بالمنع ، وظاهر العبادة المذكورة ان الخلاف انما هو في الثاني ، والعبادة بهذه الكيفية قد ذكرها في المبسوط ، كما فسى نقل المختلف ، والمعنى لايسس الاباسقاط لفظ ليس ، مع أنها موجودة في الكتابين ، وقول العلامة في المختلف والوجه الاخير الذى والوجه الاخير الذى مقابلة التفسيل الاول ، والمراد أن له منعه مطلقا فليتأمل . والله العالم .

الثانى: لووقسع المسلح بينهما على وضع الخشب اوالبعذوع على البعداد بشى مسع، لعموم ادلة السلح الأنه يشترط عندهم معرفة الغشب أو البعدوع الموضوعة طولاووزنا ، لاختلاف ضرد البعداد باختلاف ذلك، وتكفى المشاهدة عن اعتبادها بما ذكر ، و لكن لابد مسن تعيين المدة و ضبطها ، هذا اذا كان السلح قبل البناء ووضع الغشب .

وأمالوكان بعده فانه لايفتقر الا الى تعيين المدة خاصة ، لان الباقى صاد معلوماً ، قالوا : ولوكان الجداد غير معلوك بل موقوفاً كجداد المسجد لم يجز التعرف بوضع شىء عليه الاباذن الحاكم الشرعى ، وليس لـه الاذن الا بعوض و فى الجواذ مسعالعوض بشرط عدم المنرد نظراً الى المصلحة بمحصول العوض و عدمه نظراً الى أنه تعرف فى الوقف بغيرها وضع له ، ولانه يثمر شبهة الاستحقاق بتطاول الازمان ـ وجهان : أجودهما الاخير ، وهو خيره الشهيدين فى الدروس والمسالك .

الثالث - لوتداعيا جداداً فاما أن يكون لاحدهما عليه يدفى الجملة ، أم لايد بالكلية ،فعلى الثانى ان حلف عليه أحدهمامم نكول صاحبه قضى به للحالف،

وان حلفاهما مما أونكلا قنى بدلهما اضافا ، وعلى الاول فاما أن يكون تلك اليد التى فى الجملة مثل كونه فى أدس أحدهما فانه يحكم له به ، أويكون متصلا ببنائه اتصالا يبعد به كونه محدثا، كتداخل اللبن والاحجاد ، ومثلهما مالوكان لاحدهما عليه قبة أوغر فة أونعو ذلك فانه بجميع ذلك يصير صاحب يد ، فالقول قوله بيمينه مع فقد البينة ، وكذا لوكان لاحدهما عليه جذع أوجذوع ، لان حكم الجذع والجذوع حكم ما تقدم من المرجحات ، فيكون القول قوله مع بمينه ،

ونقل عن الشيخ هنا أنه لايقنى له بذلك ، قال فى المبسوط : اذا تناذعا جدارابين ملكيهما غير متصل ببناء أحدهما ، ولاحدهما عليه جذع أدجندع له يحكم له .

وقال ابن ادريس: يحكم لساحب الجذوع، قال في المختلف: وهو مذهب والدى (رحمه الله) وهو المعتمد، لنا أنه متسرف فيه، وله عليه يد دون الاخر، فيحكم مع عدم البينة له بعد اليمين، كغيره من الاموال، ثم قال: احتج الشيخ بقوله (صلى الله عليه وآله(١) > البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ولم يغرقو أيضاً قان هذا الحائط قبل طرح الجذوع كان بينهما نسفين بلاخلاف، فمن قال بطرح الجذوع بغير الحكم عليه والدلالة، بل يقال لساحب الجذع، أقم البينة على انك وضعت هذه الجذوع بحق، فان اقامها، والاكان على حاله قبل وضع أما لبينة وأيضاً فان وضع الجذوع قديكون عادية لان في الناس من يوجب اعادة ذلك، وهو مالك، فائه قال يجبر على ذلك لقوله (عليه السلام) ولا يمنعن أحدكم جاده أن يوضع خشبته على جداده».

و الجواب عن الاول أنا تقول: بموجب الحديث ، فان اليمين هنا على المدعى عليه وهوصاحب الجندع ، لانه متصرف وذويد ، فالقول قوله مع اليمين ، وعلى الاخر البينة ، لانه مدع وخارج .

⁽۱) الققبه ج ۳ ص ۲۰ ح ۱ والوسائل ج ۱۸ ص ۲۰ و ۱۷۱

وعن الثانى أن التنصيف ثابت مع عدم التصرف لتساوى نسبتهما اليه ، كما لو تداعيا عيناً في يدهما أو يد ثالث لا يعترف لاحدهما ، فانهما متساويان في الدعوى لعدم اليد ، أو لثبوتها لهما أما في صورة النزاع فان يد أحدهما ثابتة عليه ، فكان قوله مقدماً ، و الاصل وضع الجذوع بحق ، فلا يطالب صاحبها باقامة البيئة على ذلك ، الا أن يثبت الاخر دعواه ، والاصل عدم العادية ، والتخريج على المذهب الفاسد فاسد ، انتهى كلامه (زيد مقامه) وهو جيد ،

ولو تفرقت هذه المرجحات بأنكان لاحدهما بعض ، وللاخر بعض ، بان كان البناء متصلاً بيناء كل منهما ، أو اختص أحدهما بالبحدوع والاخر بالقبة أو الفرفة ، أو نحو ذلك حكم باليد لهما ، فيرجع الكلام الى ما تقدم من اختصاص الحالف مع نكول الاخر ، أو القسمة بينهما مع حلفهما أو نكولهما .

قالوا: ولاير جع دعوى أحدهما بالخوارج التى فى الحيطان ، وهو كل ماخرج عن وجه الحائط من نقش ووند ورف ونحو ذلك ، لامكان احداثه من جهته من غير شعود صاحب الجدار به ، ونحوها أيضاً الدواخل فى الجدار كالطاقات غير النافذة ، والروازن النافذة لما ذكر ، وفيه على اطلاقه تأمل .

الرابع - الظاهر أنه لاخلاف بينهم في أنه لو انهدم الجداد المشترك وأدادأحد الشريكين عمادته دون الاخر ، فانه لا يجبر الممتنع على المشادكة في عمادته ، وعللوه بأن الانسان لا يجب عليه عمادة ماله .

وانما يبقى الكلام فى موضعين : أحدهما _ أنه لو أداد أحدالشريكين عمادته فهل يتوقف على اذن شريكه الممتنع ؟ أم يجوز البناء وان نهاه ؟ قولان : وعلل الاول بأنه مال مشترك ، فيمتنع التصرف فيه بدون اذن الشريك ، كما فى جميع المشتركات ، وعلل الثانى بأنه نفع واحسان فى حق الشريك حيث يعمر له حائطه ولا يغرمه فى نفقته ، ولا ضررعليه بوجه ، ونقل هذا القول عن الشيخ ، وفى المسالك قوى الاول .

وفي الحكم بقوته على اطلاقه اشكال ، لانه ربما يتضرر الشريك بترك عمارته

فيلزم من عدم الاذن له الاضرار به ، وحديث(١) • نفى الضرر والاضرار ، يدفعه ، و ربما قيل بالتفضيل بين اعادته بالالة المشتركة ، فلا يشترط رضاه ، و بين اعادته بآلة من عنده فيشترط ، لانه على الاول يبقى شريكاً كما كان ، بخلاف الثانى .

ثمانه قال في المسالك: وحيث يتوقف البناء على اذن الشريك ويمتنع دفع أمره الى الحاكم ليجبره على المساعدة أو الاذن، فان امتنع اذن له الحاكم انتهى.

أقول: مقتضى ماقدمنا نقله عنه من تقويته القول الأول هو عدم جواذالبناء لو لم يأذن ، وفيه ماعرفت آنفا ، ومقتضى كلامه هنا هو أنه يبجبر على الاذن ، أو يأذن الحاكم نيابة عنه ، وهو على اطلاقه أيضاً لا ينخلو عن اشكال ، لانهم صرحوا بأنه لا يبجب عليه عمارة ماله ، وظاهر كلامهم أنه أعمم من أن يكون مشتر كا أو مختصاً به ، وسواءكان بنفقة ينفقها عليه أملا ، فكيف يبجبر علىذلك هنا ، والاظهر عندى انما هو التفصيل بما قدمنا ذكره من أنه مع ادادة الشريك التعمير وامتناع شريكه من ذلك ، فانكان في امتناعه ضرر على شريكه فانه يجوز للشريك التعمير من غير اعتبار اذف ، فيسقط الاذن هنا أيضاً وقوفاً على حديث « نفى الضرر و الانس اد » والا فلا ، وقوفاً على ماذكروه من عدم وجوب تعمير الانسان ماله ،

وثانيهما اتهم قالوا: على القول باعتباد اذنه لو خالف وعمره بغير الاذن ، فهللشريك نقشه ٢ احتمال من حيث تسرفه في ملك غيره ، وتغيير هيئته ووضعه الذى كان عليه ، فسادت الكيفية الثانية كأنها مغصوبة ، فله اذالتها .

وفسل فى المسالك فقال : الاقوى العدم ، ان كان بناه بالالة المشتركة ، لان حدمه أيضاً تصرف فى مال الغير ، وهو الشريك الذى بنى ، فلا يصح كالاول ، وانعا تظهر الغائدة فى الاثم ، والبواز ان كان بنساه بغير آلت. ، لانه عدوان معض ، وتصرف فى أرش الغير ، فيجوز تغييره . انتهى .

أقول : يمكن تطرق المناقشة الى ماذكره (قدس سره) بأن البناء كما أنه

⁽١) الكافي جه ص٢٩٢ ح٢ - القيه ج٣ ص٤١ ح٨١ - الوسائل ج١١ ص٢١٩ ح١

مشتمل على الالة فهى أحد أجزائه فهى أيضاً مشتملة على الكيفية المخصوصة وهى أحد أجزائه ، وكما يحصل العددان والنصب بالبناء بغير آلته القديمة كما اعترف به ، يحصل أيضاً بتغيير الهيئة و الكيفية السابقة ، وبه يظهر أن قوله فيما لو بناه بالالة المشتركة ـ ان هدمه أيضاً تصرف في مال الغير و هو الشريك الذى بنى ـ غير تام ، لان هذا التصرف بناء على ما ذكر ناه تصرف عاد غير جائز ، فيجوز ازالته ، وبما ذكر ناه يظهر قوة الاحتمال الأول وضعف ماذكره من التغصيل .

ثم أن الموافق لما قدمناه من التفصيل بالضرر وعدمه أن يقال: اند على القول باعتبار الاذن لو خالف وعمره بغير اذنه ، فانكان في نقضه ضرر على الشريك الذى بناه فليس للاخر نقضه ، عملا بالخبر المتقدم ذكره ، و الا فله نقضه ، للعلة المذكورة في وجه الاحتمال من حيث التصرف في ملك الغير ، و تغيير هيئته ، ثمانه على تقدير تصريم الهدم لو هدمه الشريك لزمه الارش ، كما لو هدمه ابتداء . والله العالم .

الخامس - قالوا: لواختلفا في خص قنى به لمن اليه معاقد القمط، والخص بالنم البيت الذى يعمل من القصب، والقمط بالكسر حبل يشد به الخص، وبالنم جمع قماط، وهي شداد الخص من ليف، وخوص، ويستفاد من الفقيه أن الخص هو الحائط من القصب بدين الدارين، وهو الاوفق بالاخبار الواددة في المسئلة، وكذا يفرض المسئلة في كلامهم.

و الذى وقفت عليه من الاخبار ما رواه ثقمة الاسلام و الشيخ عن منصور بن حازم(۱) في الصحيح عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: سألته عن خص بين دارين فزعم أن علياً (عليه السلام) قنى به لصاحب الدار الذى من قبله وجه القماط فرواه في الكافي بسند آخر في الصحيح أو المحسن عن منصور بن حازم(۲) مثله، الا أنه قال: عن حظيرة عوض خص، و رواه الصدوق باسناده عن منصور بن حازم مثله الاأن فيه « فذ كر » عوض « فزعم » ، وروى في الفقيه باسناده عن عمر و بن شمر

⁽۱) الكافي ج ٥ ص ٢٩٦ ح ٩ - التهذيب ج ٧ ص ١٤٦ ح ٣٠٤

⁽٢) الكانى ج ه ص ه ٢٩ ح ٣ التهذيب ج ٣ ص ٥ م ح ١

عن جابر (١) د عن أبي جعفر عن أبيه عن جده عن على (عليهم السلام)أنه قنى في رجلين اختصما اليه في خص فقال: ان الخص للذي اليه القمط ،.

والاسحاب لم ينقلوا في هذه المسئلة الا الرواية الاخيرة ، ولهذا قال في المسالك بعد نقله الرواية المذكورة : والطريق ضعيف ، الاأن الاسحاب تلقوها بالقبول ، وردها بعنهم ومنهم المصنف في النافع ، وقال انهاقضية في واقعة ، فلا تتعدى، وحينتذ فحكم الخص حكم الجداد بين الملكين انتهى .

وقال المعتقق الاردبيلي (قدس سرم) بعد نقل ذلك عن المسالك وكانه أوفق بالاسول والقوانين ، الأأنه يفهم من شرح الشرايع والتذكرة الاجماع عليه ،شم ذكر دواية منصور بن حاذم المتقدمة ، وقال : انها مروية بطريق صحيح ، وبطريق آخر حسن ، الى أن قال : فالمشهور لابأس به ، ولااعتبار بما تهدم ، وان احتمل كونها قنية في واقعة عرفها عليه السلام ، فلا تتعدى ، انتهى ملخساً .

و صدر كلامه (رحمهالله) يميل الى ما ذكره فى النافع من طرح الرواية ، وجمل النحس المتنازع فيه كلجداد المتقدم ذكره ، وحكم التنازع فيه ، ثم ذكر رواية منصور المروية بطريق صحيح ، وآخر حسن ، ووافق المشهور فى العمل بالرواية ، وغنى الاعتبار بما ذكره أولا، الا أنهاحتمل الوقوف على موردالخبرين من غير أن يتعدى الحكم الى غير الخس ، والظاهر أن السبب فى ذلك هوأن ظاهر الروايات المذكورة الاعتماد فى ذلك على القراين ، فهى تدل على اعتبار القراين فى اثبات الاحكام الشرعية ، مسم أن الامر بحسب الشرع ليس كذلك ، وحيث كانت الرواية بذلك متعددة مع صحة بعنها ، وجب الوقوف فيها على موردها.

السادس - قد تقدم الكلام في أنه لوانهدم الجدار المشترك لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته ، قالوا : وكذا لا يجبر صاحب السفل ولاالعلو على بناء الجدار الذي يحمل العلو ، والوجه فيه أنه لا يجب على الانسان عمارة ملكه ، لاجل

⁽١) التقيه ج ٢-١٥٠ ح ٢ ، الومائل ج ١٣ ص ١٧٣ ح ٢ ٠

الغير ، الأأن الشهيد في الدروس قيده بان لا يكون لازماً بعقد ، بمعنى أن لا يكون حمل جداد العلو اوالسقف لازماً على صاحب جداد السفلى بعقد لازم فلو كان واجباً عليه ، فانه يبجبر و هو جيد ، ولو أراد صاحب الجداد الاعلى بناء الاسفل تبرعاً فهل لساحب الجداد الاسفل منعه أم لا ؛ الكلام فيه كما تقدم في المورد الرابع ، وأطلق العلامة في التحرير أنه ليس له منعه ، هذا كله اذا انهدم الحائط بنفسه ، أوهدماه معاً .

أما لوهدمه أحدهما بدون اذن الآخر أوباذنه لكن بشرط أن يعمره، فقد اختلف الاصحاب في ذلك ، فقيل : بأنه يجب عليه اعادته ، ونقل عن الشيخ (رحمه الله) وبه صرح المحقق في الشرايع ، والعلامة في الارشاد ، ونقله في المسالك عن التذكرة ، الا أن الذي وقفت عليه في التذكرة خلاف ما نقله، كما ستسمعه _ انشاء الله تعالى من العبارة المشار اليها .

وقيل: بأن الواجب انماهو الارش ، سرح به العلامة في القواعد والتذكرة، قال في التذكرة: لوهدم أحد الشريكين الجداد المشترك من غير اذن صاحبه ، فانكان استهدامه في موضع وجوب الهدم لم يكن عليه شيء ، فانكان مما لا يبجب هدمه ، أو هدمه وهومعمود لا يخشي عليه السقوط فقد اختلف قول علمائنا ، قال بعضهم ، يجبر الهادم على عمادته الى ماكان عليه أولا ، والاقوى لزوم الارش على الهادم ، لان الجداد ليس بمثلى . انتهى .

ومنه يظهر لك غلط ما في نقله في المسالك عن التذكرة من القول بوجوب الاعادة ، وقيل. بالتفسيل في ذلك كما ذكره في الدروس ، قال : ولوحدمه فعليه اعادته أن امكنت المماثلة ، كمافي جدران بعض البساتين والمزارع ، والافالارش، والشيخ أطلق الاعادة ، والفاضل اطلق الارش انتهى .

وقال في المسالك بعد نقل ذلك عنه. وفيه مناسبة الاأنه خارج عن القواعد الشرعية لانتفاء المثلية في الفائت، فانه معض صغة، اذالاعيان باقية ، والمماثلة في الصفة بعيدة، والقول بالارش مطلقا أوضح.

وظاهر المحقق الاردبيلي الميل هنا إلى ماذ كره في الدروس ، فانه بعد أن

ذكر الاعتراض على القول بالاعادة ، بأن ضمان المثل انما يكون في المثلى ، والجداد قيمي لامثلى ، وذكر أن القائل بذلك استند الى ما في التذكرة قال : ولا يخفى أن الاعادة غير بعيدفيما أمكن المماثلة في الجملة ، وان كان الجداد قيمياً باصطلاحهم .

الأأن المرف قد يقمنى بالمماثلة فى بعض الجددان ، وعدم دقة فيها اذاكان المطلوب الحائل والمائع ، ولايريدون فى أمثال ذلك غير تلك المماثلة فى المجملة ، فليس ببعيد الاكتفاء فى أمثاله بهذا المقداد ، فان المقبل يجدأن لاتكليف فى أمثاله الابالمثل ، وهو المضمون ، ويؤيدمأن الارش بعيد ،فانه لايسوى بعد الهدم الابشى قليل جداً، والجداد المحيح تكون له قيمة كثيرة ، بل المناسب على القول بالارش أن يراد به ما يحتاج فى تعميره بمثل ذلك التعمير ، وفيه أيضا تأمل اذ قد يتفاوت العمل و الاجرة كثيراً فتأمل الى أن قال بعد ذكر قوله فى المسائك فى الاعتراض على كلام الدروس أنه خارج عن القواعد الشرعية والخروج عن القواعد لوجه اذالم تكن مأخونة من النص الصريح لابأس به . انتهى .

أقول: والمسألة كنظايرها محل اشكال، لعدم المستند الواضع لشيء من هذه الاقوال، وتدافع النعليل في كل منها والاحتمال، وان كان كلام الدروس لا يخلو من قرب في هذا المجال. والله العالم.

السابع - المشهور أنه اذاكان البيت لرجل وعليه غرفة لاخر فتداعيا جدران البيت فاله يحكم به لساحب البيت بيمينه ، ولو تداعيا في جددان الغرفة ، فالقول قول صاحبها بيمينه ، والوجه في ذلك أن جددان البيت جزؤه ، وجددان المغرفة جزؤها ، فيجب أن يحكم بهما لساجب الجملة .

ونقل عن ابن الجنيدأن جدران البيت بينهما معا ، لان حاجتهما اليه واحدة بخلاف جدران الغرفة ، اذ لاتعلق لساحب البيت بها ، قال في المختلف : قال في المبسوط : لو تنازع صاحب البيت و الغرفة في حيطان البيت فني به لساحب البيت .

وقال ابن البعنيد: لو كان على رأس الدرج روشن ليستطرقه صاحب العلووهو على منزل صاحب السغل كان الروشن لصاحب العلو ، واجه فالسغف و بواديه وجميع آلة السقف لصاحب العلو ، والحيطان المحاملة له بينهما مع موضعها من الارض ، وكانه نظر الى أن لكل من صاحب العلو و السغل يداً عليه ، و تصرفا فيه ، ولا يأس بهذا القول انتهى ، وظاهره الميل الى ماذكره ابن الجنيد .

وقال في المسالك أيضاً: أنه قول جيد، لكن الاول أجود، ولو كان التناذع في سقف البيت الذي هو أرض الغرفة فقد اختلف فيه كلامهم، قال في المبسوط: فان لم يكن لاحدهما بينة حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فان حلفاكان بينهما نصفين، والاحوط أن يقرع بينهما فمن خرجمنهما حلف وحكم له به ، وقال في المختلف يقرع بينهما، فمن خرج اسمه حلف لصاحبه، وحكم له به، وان قلنا أنه يقسم بينهما نصفين كان جائزا، واستدل باجماع الفرقة على أن كل مجهول يستعمل فيه القرعة، وهذا من الامر المشتبه.

وقال ابن ادريس: يحكم لماحب الغرفة بالسقف ، وقد تلخص من ذلك أن في المسئلة أقوالا ثلاثة ، القول باستوائهما فيه ، وهو قول الشيخ في المبسوط ، وقواه في الدروس: ووجهه اشتراكهما في الانتفاع به ، لانه سقف لساحب البيت ، وأرض لماحب الغرفة .

والقولبالقرعة ، وهو للشيخ أيضاً كماعرفت ، واستحسنه المحقق في الشرايع ، ووجهه ما تقدم في كلام الشيخ ، وربما أورد عليه بمنع الاشتباه هنا ، لان رجحان أحد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالتسبة الى المحكم ، وعندى فيه نظر اذ المفروض أنه لا نعي إلمستلة ، والمرجح في نظر الفقيه بمجرد هذه التخريبات لا ينترج المحكم عن الاشتباه ، ان جوزنا للفقيه الترجيح بمثل ذلك ، والافهو محل المنع أيضاً ، فان المحكم في المسائل الشرعية موقوف على النصوص من الكتاب والسنة : فلا تثبت بمجرد هذه التقريبات المقلية سيما مع تصادمها كما عرفت في أكثر مسائل هذا الباب .

317

و القدول الثالث الحكم به لصاحب الغرفة ، و هو مذهب ابن ادريس ، وهو الظاهر من عبارة ابن الجنيد المتقدمة ، واختاره العلامة في جملة من كتب ، واليه يميل كلامه في المسالك ، واستدل عليه في المختلف قال : لنا أن الغرفة انما يتحقق بالسقف ، اذ هو أرضها ، والبيت قديكون بغيرسقف ، وقد اتفقا على أن هنا غرفة لصاحبها ، وبعدن السقف لا غرفة ، ولان تصرفه فيها دون صاحب السفلي .

أقول: ومرجعه إلى أن السقف وإن أمكن الانتفاع به لهما الا أنه بالتسبة الى صاحب الغرفة أغلب، وفي حقه أضر فيكون الترجيح باعتباد أغلبية المحاجة وأضريتها، ويرد عليه حينئذ أن ذلك يجرى في جددان البيت الذى قد تقدم اختياده فيها القول بالاشتراك، من حيث أن كلا منهما صاحب يد، مع أن البيت لا يوجد الا بالجددان، لانها اجزاؤه، ولا وجود للكل بدون الجزء، بخلاف الغرفة، فانها يمكن أن تبنى على الاعمدة والاساطين، ولا يتوقف على الجددان في رجع الامر هنا إلى أنهما وان اشتركا في الانتفاع بها إلا أن صاحب البيت أشره بعين ماقاله في السقف: فإن قيل: إن مافر ضتموه نادد، قلنا: وجود البيت بدون السقف كذلك أيضاً، وبذلك يظهر لك ما في بناء الاحكام الشرعية على امثال هذه التقريبات العقلية من المجاذفة الظاهرة.

قال في المسالك: موضع النحلاف السقف الذي يمكن احداثه بعد بناء البيت، أما ما لايمكن كالازج الذي لا يعقل احداثه بعد بناء البعدار الاسفل، لاحتياجه الى اخراج بعض الاجزاء عن سمت وجه البعدار قبل انتهائه، ليكون حاملاً للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف والبعدران، وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الاخر، فان ذلك دليل على أنه لساحب السفل، فيقدم قوله فيه بيمينه. انتهى. وهو كذلك والله المالم.

المقام الرابع في مسائل متفرقة من هذا الباب

الاولى - المشهور أنه اذا خرجت أغصان الشجرة الى ملك البار وجب على مالك الشجرة عطف تلك الاغسان ان أمكن ، والا قطعها ، لا نه يجب عليه تغريغ أرض الغير وهواه من ماله كيف ما أمكن ، و ان امتنع المالك من ذلك فلمالك الارض والهواء تولى ذلك ، مقدماً للعطف على القطع ان أمكن ، ولا يتوقف مالك الارض مع امتناع مالك الشجرة على اذن الحاكم ، لان سبيل هذا الحكم سبيل بهيمة دخلت في ملكه ، فان له اخراجها من غير توقف على اذن الحاكم، قالوا : وهكذا الحكم في العروق .

ودبما قيل: ببواز ازالة مالكالارض لها من دون مراجعة مالك الشجرة لان ازالة المدوان عليه أمر ثابت له، وتوقعه على اذن الغير ضرد، ويؤيده ما تقدم من جواز اخراج البهيمة الداخلة في ملكه من غير مراجعة مالكها، والمفهوم من كلام العلامة في التذكرة أنه لا يبجب على مالك الشجرة ازالة الاغسان المذكورة، وان جاز لمالك الارض، مستنداً الى أنه ليس من فعله، فلا يبجب على ازالته، وهو خلاف ما تقدم من القول المشهور: ومرجع القولين الى أنه هل يبجب على الانسان تفريغ أرض الفير من ماله اذا لم يكن ذلك بفعله أو لا يجب عليه ولا يتخاطب به؟ وانما يكون الحكم متعلقاً بساحب الارض، فان شاء تفريغ أرضه من مال الغير فله ذلك، وجهان: ولا يتحضرني الان دليل على ترجيح أحد الوجهين.

ولو قطع الاغصان المذكورة مالك الارض مع امكان عطفها ضمن بلا اشكال لكن هل يضمن جميع ماقطعه أم تفاوت مابينه وبين المعطوف اشكال ، من التعدى بالقطع فيضمنه ، ومن أن العطف حق له ، وما يفوت به في حكم التالف شرعاً ، فلا يضمن الا التفاوت ، ولعل الثاني أقرب .

وفي حكم أغسان الشبورة التراب المنتقل من ملكه الى ملك غيره ، والحائط المايل في هـواء النـير فيبب المبادرة الى تخليص الارض والهـواء منهما ، ولو ملكه التراب وقبله سلم من نقله ، و ان امتنع من قبوله وجب نقله ، وان شق لما تقدم ، هكذا قالوا ، وفيه ماعرفت من التردد .

ولو صالحه على ابقاء الاغصان المذكورة في الهواء فالمشهور الصحة ، ومنع منه الشيخ ، بناء على أسله المتقدم ذكره من تفريع الصلح على البيع ، وأن الهواء تابع لايصح افراده بالبيع ، وقد تقدم نظير هذه المسئلة في الموضع السادس من المقام الاول .

بقى الكلام هنا فى أن الشيخ قد علّل ذلك بعلّة اخرى ، فقال : لو صالحه على ابتماء النمس البادز الى ملك النير فى الهواء لم يسم ان كان رطباً ، لانه يزيد فى كل حال ، ولا يعرف قدره ، وكذا ان كان يابساً لانه يتبع الهواء من غيرقراد وذلك لا يجدوز . انتهى ، ومرجع المنع اذا كان رطباً من حيث المجهولية فى المصالح عليه ، فلا بد من معلوميته .

قال في المسالك بعد قول المصنف ولو صالحه على طرحه على الحائط جاز مع تقدير الزيادة أو انتهائها ما تقدير الزيادة أو انتهائها مان الاغسان ان كانت قد انتهت في الزيادة ، بحسب ظن أهل الخبرة صبح السلح على ايقاعها مطلقا ، و ان كانت أخذت في الزيادة فلابد من تقدير الزيادة ليكون السلح مضبوطاً ، ولابد مع ذلك من تقدير مدة الاقامة ، فلا يصبح المؤبد على ماذكره الجماعة . انتهى .

وحينند فالخلاف بينه و بين الاصحاب انما هو في صورة عدم الزيادة بأن مكون يابساً أو قد تناهت زيادته بحيث لايزيد علىذلك بحسب نظراً هل الخبرة .

الثانية ـ قالوا : اذا كان لانسان بيوت الخان السفلى : ولاخر بيوته العليا وتداعيا الدرجة ، فانه يغضنى بها لصاحب البيوت العليا مع يميسنه ، لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك الى بيوته العليا وان كانت موضوعة في الارض التي هي لصاحب البيوت السفلى ، لان مجرد ذلك لا يوجب اليد ، وكما يحكم بها لصاحب العليا ، فكذا محلها ، هذا مع اختلافهما أيضاً في الخزانة التي تحت الدرج .

أما لو اتفقا على أن الخزانة لساحب البيوت السفلى ، وانما النزاع في الدرج

خاصة ، فانهم قالوا : ان الدرج حينتُذكالسقف المتوسط بين الأعلى والاسفل ، فيجرى فيه الخلاف السابق ، فعلى تقدير القول ثمة بأن السقف لصاحب الغرفة ، فانه يحكم هنا بالدرجة للاعلى مطلقا ، سوا اختلفا في الخزانة أم اتفقا على أنها للاسفل ، وانما يتجه الفرق على تقدير القول بالاشتراك ، فانه مع الاتفاق على الخزانة يجعل الدرج هنا مشتركاً بينهما كالسقف ثمة ، أما مع الاختلاف فيها فالحكم في الدرج ما تقدم من كونها للاعلى مع يمينه .

ولو تداعيا في الخزائة التي تحت الدرج خاصة كانا في دعويها على السواء ، والوجه فيه أن لكل منهما شاهداً بالملك ، أما صاحب الاعلى فلا نك قد عرفت أن له الدرجة : فيكون مكانها كذلك ، وانكان مكانها الهواء : لان الهواء كالقرار وأما صاحب الاسغل فلانها متصلة بملكه ، بلهى من جملة البيوت السغلى ، وحينتذ فيقنى بها لهما بعد التحالف أو النكول كما تقدم .

أقول: ويمكن ترجيح دعوى صاحب الاسفل بأن يقال: أنه قد ثبت أن الهواء تابع للقراد، ولهذا منع الشيخ كما تقدم من يبعه والصلح عليه منفرداً عن القراد، فالاصل فيه حينتذ أن يكون تابعاً للقراد، و مجرد وضع الدرجة فيه لايستلزم الملك، وتبعيته للدرجة في ذلك، لانه أعم من ذلك.

ولو تداعيا السحن قالوا: ان ما يسلك فيه الى العلو يكون بينهما ، وما خرج عن ذلك فهو لساحب الاسفل: والوجه فيه أن ساحب العلو لما افتقر سلوكه اليه الى التصرف فى قدر الممر كان له اليد عليه بذلك ، دون باقى السحن ، فلايدله عليه ، و لماكان ساحب الاسفل بشاركه فى الانتفاع بذلك القدر مغداً ومجيئاً كان له يد عليه أيضاً ، فاقتقنى ذلك الشركة فيه ، دون مازاد ، لاختساس ساحب الاسفل به ، وعلى هذا لو كان المرقى الى العلو خارجاً عن الدهليز لم يكن لساحب العلو مشاركة فى العرسة ولا فى الدهليز بالكلية ، اذ لا يدله على ينهما ولو كان المرقى فى وسط السحن فمن أول الدهليز الى المرقى بينهما لتصرفهما فيه ، وما وراء ذلك فهو لساحب الاسفل .

الثالثة _ لو تنازع واكب الدابسة وقابض لجامها ، فقيل : انه يقضى بها

للراكب ، لقوة يده وشدة تصرفه بالنسبة الى القابض ، وهو قول الشيخ فى المبسوط فانه قال : انه يحكم بها لا قواهما يداً و أكد هما تصرفاً ، وهو الراكب ، وبه قال المحقق فى الشرايع والعلامه فى المنختلف .

وقيل: هما سواء في الدعوى وهو قول الشيخ في الخلاف: قال: اذا تناذعا في دابة وأحدهما داكب، والاخر أخذ بلجامها ولم يكن مع أحدهما بينة، جملت بينهما نصفين، لعدم دليل على وجوب تقديم أحدهما على الاخر. اتتهى وبه قال ابن ادريس.

وقال فى المسالك: ووجه التسوية اشتراكهما فى اليد، وقوتها لامدخل له فى الترجيح، ولهذا لم يؤثر فى ثوب بيد أحدهما أكثره كما سيأتى . نعم مسع الراكب زيادة التصرف، الا أنه لم يثبت شرعاً كونه مرجحاً، و تعريف المدعى والمنكر منطبق عليهما، بتغسيراته، وحينتذ فالقول بالتساوى أقوى بعد أن يحلف كل منهما لساحبه اذا لم يكن بينة . انتهى .

أقول: فيه أن ماذكره هنا جاد في التنازع في السقف الذي بين الغرفة والداد السفلى ، مع أنه قد اختاد هناك القول باختصاص صاحب الغرفة به لقوة يده ، فانه قال بعد نقل تعليل العلامة الذي قدمنا نقله ثمة : مالفظه ولان تصرف فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى ، والفرق بين المسئلتين غير ظاهر .

و قال فى المسالك أيضاً تفريعاً على ما اختاده: ولا عبرة عندنا بكون الراكب غير معتاد قنية الدواب ، والمتشبث معتاداً لذلك : وما ذكر حكم الدابة ، أما اللجام فلمن فى يده ، والسرج لراكبه .

أقول: مقتضى ترجيحهم بالقرائن فىأمثال هنمالمقامات كما تقدم فىغير موضع أنه لا مانع من الترجيح هنا أيضاً بما منعه من كون الراكب غير معتاد لقنية الدواب، وقابض اللجام معتاداً لذلك.

ويؤيده ماذكره المحقق الاردبيلي هنا حيث قال: ويمكن اعتبار القرائن مثل كون الدابة بحيث يعلم عادة كونها للراكب، دون القابض: فيحكم له

أو بالعكس.

وأما ماذكره بالنسبة الى اللبعام والسرج فانه وده المعطق المتقدم ذكره بالبعد ، قال : أنه يبعد أن يكون اللبسام لشخص ، والدابة لاخس ، وكذا البعل والرحل فالحكم غير واضع ، انتهى .

أقول: ويؤيده ما تقدم في غير مقام من أن الاحكام انما تبنى على الافراد المتكررة الغالمة ، دون الفروض النادرة .

وكيف كان فان الحكم في هذه المقامات بمجرد هذه التعليلات من غسير وجود تصواضح لايخلو من مجازفة . والله العالم .

الرابعة - قيل: لو تناذعا ثوباً في يديهما لكن في يسد أحدهما أكثره، فهما سواء فيه لاشتراكهما في مسمى اليد، ولا ترجيح لقوتها: والفرق بين هذه المسئلة وسابقتها عند هذا القائل هو أن التصرف الذي كان مع الراكب بالركوب ذايداً على اليد، منتف هنا فاختلف الحكم لذلك.

وأما على ماذكره في المسالك في ما قدمنا نقله عنه من أنه يثبت شرعاً كونه مرجعاً يعيير حكم المسئلتين من باب واحد ، فيحكم بالتساوى فيهما بعد حلف كل منهما لساحبه ، قال في المسالك : نعم لوكان أحدهما لابساً للثوب والاخر ممسكاله فهي كمسألة الراكب والقابض ، لزيادة تصرف اللابس على اليد ، وربما قيل هنا : بتقديم اللابس، لان الظاهر أنه لم يتمكن من لبسه ، الاوهوغالب مستقل باليد انتهى .

أقول: الظاهرأن هذا القول هنا يبوى مبوى القول بتقديم الراكب فى مسئلة تناذع الراكب و القابض ، لانهما مشتركان فى زيادة التصرف بالركوب واللبس على مطلق اليد فى كل من الموضعين ، ومقتضى ما ذكره فى المسالك فى تلك المسئلة من عدم ثبوت الترجيح بذلك ، ينبغى ان يبجرى فى هذا الموضع بمقتضى حكمه بالمساواة بين المسئلتين ، الاأنه أغمض النظر هنا عن ذلك ، وربما

أشعر كلامه هنا و اعراضه عن المناقشة بأن الحكم في الراكب و القابض هـ و ترجيح الراكب ، مـم أنه خلاف ما قدمه ، و سيأتي انشاءالله تعالى ما يوضح ذلك أساً .

الخامسة لو تداعيا جملاكان بيديهما بانكانا قابسين لزمامه ، و نحوذلك مما يكون به كلوا حدم شهماذا يد، ولا حدهما عليه حمل، قالوا: ان القول قول صاحب الحمل ، لان وضع الحمل يستدعى كمال الاستيلاء ، فيرجح به صاحبه ، و لوكان لاحدهما حمل ، ولايد للاخر قانه لا شبهة في الترجيح لصاحب الحمل ، و لوكان أحدهما قابساً لزمام الحمل، وللاخر عليه حمل، كان كمسئلة الراكب والقابض ، بل الحمل أقوى دليلا على كمال الاستيلاء من الركوب . فان الركوب أسهل تعلقا من الحمل ، ولم ينقلوا في هذا الحكم خلافا ، وظاهره في المسالك القول بذلك على جميع هذه الوجوه ، خصوصاً انه قال بعد ذكره تحوما ذكر ناه ، وفي الدوس جعل حكم الراكب ولابس النوب وذى الحمل سواء في الحكم ، وهو كذلك انتهى و نحوه في الروضة .

وفيه كماترى مخالفة ظاهرة لما قدمه في مسئلة الراكب و القابض ، حيث اختار التساوى ثمة ، وطعن في زيادة التصرف بالركوب بأنه لم يثبت شرعاً كونه مرجحا ، و في هذا الموضع وافق الدروس في حكمه بترجيح الراكب و اللابس وذى الحمل ، وتقديم قول كلمنهم بيمينه ، فانه قد سرح في الدروس واللمعة بذلك، والمسئلتان في صفحة واحدة ليس بينهما الأأسطر يسيرة ، و مثل ذلك وقع له في الروضة أيضاً ، وهو عجيب من مثله (قدس سره) .

السادسة ـ قالوا: لو تداعيا غرفة على بيت أحدهما ، وبابها الى غرفة الاخر كان القول قول صاحب البيت ، لانهاموضوعة فى ملكه ، فان هوا و بيته ملكه ، لانه تابع للقراد ، ومجرد فتح الباب الى الغير لايثبت به اليد ، ولا الملك ، فيقدم صاحب البيت بيمينه ، هـذا اذا لم يكن من اليه الباب متصرفا فى تلك الغرفة بالسكنى و نحوه ، والاقدم قوله ، لان يده عليها بالفعل ، فان التصرف مقتض لذلك ، ويدصاحب الهواء انماكات بالتبعية لينعملى القراد ، واليدالفعلية اقوى من التابعة ، ويعتمل التساوى لثبوت اليد من البعانبين و عدم تأثير قوة اليدكما تقدم .

أقول : والحكم الاول لااشكال فيه وأما الثانى فانه لايخلو منالاشكال ، وان كان ما ذكروه اقرب . والمةالعالم .

كتاب الشركة

وهى يكس الشين واسكان الراء وبفتح الشين وكس الراء :والبحث في هذا الكتاب يقع في فسول.

الاول - في حقيقة الشركة وما يتبعها ، و فيه مسائل: الاولى - قدعس ف المحقق في الشرايع الشركة بأنها اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع ، وبعوم العلامة في التذكرة .

وقال في التذكرة أيضاً: وسببها قديكون ادناً أوعقداً أومزجاً أوحيازة بأن يقتلما شجرة أوينر فاماء دفعة ، وظاهر الشهيد الثانى في المسالك اعترافهم فيما ذكروه من هذا التعريف ، حيث قال: ان الشركة تطلق على معينين ، أحدهما ما ذكر مالمصنف ، وهذا المعنى هو المتبادر من الشركة لفة وعرفا ، الأأنه لامدخل له في الحكم الشرعي المترتب على الشركة من كونها من جملة العقود المفتقرة الى الايبجاب والقبول ، والحكم عليها بالمسحة والبطلان ، فان هذا الاجتماع بحصل بعقد و غيره بل بغيره اكثر ، وثانيهما عقد ثمرته جواز تسرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع فيه ، وهذا هو المعنى الذي به تندرج الشركة في جملة العقود ، ويلحقها المسحة والبطلان .

واليه يشير المصنف فيما بعد بقول ه قيل : يبطل الشركة ، أعنى الشرط والتصرف ، و قيل : يصح ، ولقدكان على المصنف أن يقدم تعريفها على ما ذكره ،

لانها المقسود بالذات حنا ، أوينبه عليهما معاً على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتها وأحكامها ، ولكنه اقتصر على تعريفها بالمعنى الاول الى آخر كلامه .

أقول: لا يخفى على من تأمل الاخباد البحادية في هذا المضماد أنه لا يفهم منها معنى للشركة غير ما ذكره الفاضلان المتقدمان و محوهما ، كالشهيد في اللمعة وغيره، وهو المتبادر لغة وعرفاً من لفظ الشركة، وهذا المعنى الثاني الذي ذكره لا يكاد يشم له دائحة منها بالمرة.

و من الاخباد الواددة في الباب صحيحة هشام بن سالم (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام)، «قال: ان ربح فله، وان وضع فعليه».

و موثقة محمد بن مسلم (٢) دعن أبي جعفر (عليه السلام) قال: سألته عن الرجل يشترى الدابة و ليس عنده نقدها فاتى رجلا من أصحابه فقال يا فلان انقدعنى ثمن هذه الدابة والربح بينى وبيتك فنقد عنه فنفقت الدابة، قال: ثمنها عليهما لانه لوكان ربح فيها لكان بينهما، وبمضمون هذه الرواية اخبار عديدة (٣).

وصحيحة ابن رئاب (۴) «قال: قال أبوعبدالله (عليه السلام) لا ينبغى للرجل المسلم ان يشارك الذمى ولا يبضعه بضاعة ولا يودعه وديعة ولا يصافيه المودة».

ورواية الحسين بن المختار (٥) عقال: قلت لابى عبدالله (عليه السلام) الرجل يكون له الشريك فيظهر عليه أنه قداختان منه شيئًا ، أله أن يأخذ منه مثل الذى أخذ من غير أن يبين له ؟ فقال: شوه ، لهما انما اشتركا بأمانة الله وأنى لاحب له ان

⁽۱) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ٣٠

⁽٢) التهذيب ج ٧ ص٤٣ ح ٧٢ والوسائل ج ١٣ ص ١٧٤ ح ١و٢

⁽٣) الظاهر من رواية محمد بن ملم وأمثالها أن منشأ الشركة هنا وسببها هو الصلح على أن ينقد عنه ثمن المبيع ويشركه فيه بالمناصفة . منه رحمه الله .

⁽٤) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ١ الكافىي ج ه ص ٢٨٦ ح ١ الوسائل ج ١٣ ص ١٧٦ ح ١

⁽٥) التهذيب ج ٧ ص ١٩٢ ح ٣٥ الوسائل ج ١٣ ص ١٧٨ ح ١

129

رأى منه شيئًا من ذلك أن يستر عليه وماأحب له أن يأخذ منه شيئًا بغير علمه، (١) الى غير ذلك من الاخبار الاتية في محالها انشاءالله تعالى .

فهل تجد للشركة فيها معنى غير المعنى الاول ، وهواجتماع حقوق الملاك فى الشى الواحد على سبيل الاشاعة ، وأى قرينة فضلا عن الدلالة على العقد المذكور . تعمقد يكون سببها المقد كما تقدم بان يشترى اثنان مالا انسافاً او اثلاثاً أو يشترى نسف حيوان بنصف حيوان آخر ، وقد يكون سببها الارث ، ونحوه مما تقدم ، وعرفها بعضهم شرعاً بأنها عقد جائز من الطرفين ، الى آخر ما تقدم فى كلام الشهيد الثانى ، و أنت خبير بما ذكرنا بأنه لاعقد بالكلية ولاعاقد ، و انما الشركة هى اجتماع الاموال على الوجه المذكور ، فلامعنى لوصفه بالجواز.

نعم ، البقاء على حكمه أمر جايز بمعنى أنه لا يبجب عليه السبر على الشركة ، بل يبجوز رفعها ، وأخذ حصته ، ثم بعدا جتماع هذه الاموال واشتراكها وامتزاجها لا يصبح لاحد الشركاء التصرف فيها الاباذن باقى الشركاء ، واذا أذن كل منهم لساحبه صبح التصرف في مال نفسه ومال غيره ، وحذه ثمرة العقد عندهم .

قال في التذكرة: الثانى السيغة ، وقد بينا أن الاصل عسمة الاسوال على أدبابها وحفظها لهم ، فلايسم التصرف فيها الا باذنهم ، وانما يعلم الرضا و الاذن باللغظ الدال عليه ، فاشترط اللفظ الدال على الاذن في التصرف و التيجارة ، فاذا أذن كمل واحد منهما لساحبه صريحاً فلاخلاف في سحته .

⁽١) الظاهرأن النهى فى هذه الرواية عن أخذ عوض ما خانه محمول على الكراهة ويشير اليه قوله وما أحب والامر بالستر عليه و بذلك صرح ابن ادريس فى كتابه حبث قال: ومتى عثر احد الشريكين على صاحبه بخيانة فلايدخل هو فى مثلها اقتصاصاً منه، وذلك على طريق الكراية دون الحظر لانه اذا تحقق أخذ ماله وعلم ذلك يقيناً فله أخد عوضه، وانما النهى على طريق الكراهة والاولى والافضل انتهى. وقال ابن الجنيد اذا وقف أحد الشريكين على أن شريكه قدخانه لم يجزله أن يخونه، وهوصريح فى التحريم والظاهر هو الاول وبه صرح العلامة فى المختلف ايضاً. واقد العالم. منه رحمه اقه.

انتهى .

وظاهره بلصريحه كما ترىأن مجردالاذنكاف في جواز التصرف والتجارة ونحو ذلك ، وان عبس عنه بلفظ السيغة الموهم للعقد .

ومثل هذا الكلام كلام الشهيد في اللمعة أيضاً حيث قال: كتاب الشركة وسببها قد يكون ارثاً أو عقداً أو مزجاً بحيث لا يتميز ، الى أن قال: وليس لاحد الشركاء التسرف الا باذن الجميع ، لقبح التصرف في مال الغيير ويقتصر على التسرف المأذون ، فان تعدى ضمن ، قال الشارح بعدذ كر هذه العبارة الثانية : واعلم أن الشركة كما تطلق على اجتماع حقوق الملاك في المال الواحد على أحد الوجوه السابقة ، كذلك تطلق على العقد المثمر جواذ تصرف الملاك في المال المعنى اندرجت الشركة في قسم العقود ، وقبلت الحكم بالصحة والفساد ، لا بالمعنى الاول ، والمصنف أشار الى المعنى الاول ، ما افتتح به من الاقسام ، والى الثانى بالاذن المبحوث عنه هنا . انتهى .

أقول: مرجع كلامه السابق وكلامه هنا الى أن ارتكاب هذا التكلف انما هو لاجل ادخال الشركة فى قسم العقود ، حيث نظموها فى هذا السلك ، وفيه أن هذا انما يتم لوثبت ذلك شرعاً أو لغة أو عرفاً ، وشىء من هذه الامور غير حاصل . أما عدم ثبوت الاخيرين ، فقد اعترف به فيما مضى من كلامه .

وأما الاول فلما عرفت من الاخبار ، اذ لا يستفاد من لفظ الشركة فيها أذيد من هذا المعنى اللغوى والعرفى ، نعم يتوقف التصرف بعد حصول الشركة بالمعنى الذى ذكر نام على الاذن ، وما يقسع منهما عليه التراضى فى التبعادة و نحوها من التصرفات ، وتبعية الربسح لرأس النال ونحو ذلك ، وبذلك يتسم المقصود وان لم يدخل فى باب العقود ، وهذا هو المفهوم من كلام الفضلاء المذكورين .

وأما قوله ان الشهيد في اللمعة أشار الى العقد الذي ادعاء بقوله : د وليس لاحد الشركاء التصرف الا باذن الجميع ، بمعنى أن المراد بالاذن العقد ، و حاصله أن لايجوز التصرف الا بالعقد ، ففيه أن الاذن ليس منحصراً في اللفظ ، فضلا عن العقد المشتمل على قيود كثيرة ، وأحكام عديدة ، بل يحصل بالاشارة والكتابة والفعل .

وبالجملة فالمراد أن المدار على العلم بالرضا بأى نحوكان ، وعليه يترتب الاحكام التي جعلها منوطة بالعقد ، والظاهر أن هذا هو مراد أولئك الفضلاء حيث عرقوها بالتعريف الاول الراجع الى أن الشركة الحقيقية هى الاجتماع ، وعقبوه بذكر الاذن اشارة الى أن الاحكام يترتب على الاذن فى التسرف فى المال المشترك وأنه بذلك يصير عقداً جايزاً ، فاطلاق العقد عليه تجوز ، وهو باب واسع فى الكلام والا فانه لاعقد ولا عاقد كما أوضحناه فى المقام . والله أعلم .

المسئلة الثافية _ قالفى التذكرة: أركان الشركة تلائة ، الاولد المتعاقدان ويشترط فى كل منهما البلوغ ، والرشد ، والعقد ، و الاختيار ، والقصد ، وجواذ التصرف ، و الضابط أهلية التوكيل والتوكل ، لان كل واحد من الشريكين متصرف فى جميع المال ، أما فيما يخصه فبحق الملك ، وأما فى مال غيره فبحق الاذن (١) من ذلك الغير ، فهو وكيل عن صاحبه ، وموكل لصاحبه فى التصرف فى ماله ، فلا يصح وكالة الصبى ، لعدم اعتبار عبارته فى نظر الشرع ، ولا المجنون ولا السفيه ، ولا المكره ، ولا الساهى و الغافل و النائم ، ولا المفلس المحجود عليه ، لانه ممنوع من جهة الشرع من التصرف فى أمواله ، ولا يفرق مين من يأذن من له الولاية عليهم فى ذلك أولا الاالمفلس ، فانه اذا أذن له الحاكم فى التوكيل أو التوكل جاز ، وكذا السفيه ، الى أن قال : الثانى الصيغة الى آخر المبارة المتقدم نقله عنها آنفا .

ثم قال بعدها : ولو قال كلواحد منهما: اشتر كنا واقتصرا عليه مع قصدهما

⁽١) قوله فبحق الاذن من ذلك الغير فيه تأييد لما قدمناه من أنه ليس المدار الاعلى الاذن وان سموه عقداً مجازاً كما عبر به في صدر الكلام بقوله الاول المتعاقدان وكذلك قوله الثانى الصيغة ومرجع جميع ذلك الى الاذن بأى نحو كان . منه رحمه الله .

الشركة بذلك ، فالاقرب الاكتفاء به في تسلطهما على التصرف به من البجانبين ، لفهم المقصود عرفاً وهو أظهر وجهى الشافعية ، وبه قال أبو حنيفه ، والثانى ــ أنه لايكفى لقصور اللفظ عن الاذن ، واحتمال قصد الاخباد عن حصول الشركة في المال ، من غير الاختياد بأن يمتزج المالان بغير دضاهما .

الى أن قال: الثالث: المال يشترطنى المال المعقود عليه الشركة أن يكون متساوى البحنس ، بحيث لومزج ارتضع الامتياذ بينهما ، وحصل الاشتباه بينهما سوا كان المال من الاثمان أو العروض كمالومزج ذهب بذهب مثله ، أو حنطة بمثلها ، أو دخن بمثله ، الى غير ذلك مما ير تضعفيه المايز بينهما ، ولاخلاف فى أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير ، لانهما أثمان الاموال والمباعات ، و لم يزل الناس يشتركون فيها فى زمن النبى (صلى الله عليه والموسلم) الى وقتنا هذا من غير نكير أحد فى صقع من الاسقاع او عصر من الاعصار فكان اجماعاً .

وأما العروض عندنا يجوز الشركة فيها مع الشرط المذكور ، سوا الابمزج من ندات الامثال ، أومن ندات القيم ، الى أن قال : مسئلة : لا تصحالس كة الابمزج المالين ، وعدم الامتياز بينهما عند علما ثنا فالخلطة شرط في صحة الشركة ، ومتى لم يختلطا لم يصح ، وبه قال الشافعي ، ثم نقل عن أبي حنيفة أنه ليس من شرط الشركة خلط المالين ، بل متى أخرجا المالين وان لم يمزجاه وقالا قداشتر كنا الشركة على التصرف ، فلا يكون من شرطها الخلط كالوكالة . انتهى المقصود من نقل كلامه .

أقول، أما ما ذكره في المتعاقدين من الشروط فجيد، الا أن قوله « لان كل واحد من الشريكين متصرف الى آخره، فيه أن ذلك غير معتبر في الشركة، بل يكفى جواز التصرف من أحدهما بعد أذن الاخر، و كذا قوله « في السفيه بجواز التصرف من الحاكم كالمفلس» فان فيه اشكالا، فانه ليس لمه أهلية التصرف والمعرفة بالمعاملات وكيفية حفظ مال نفسه، فكيف يسلطه الحاكس على تصرفه في مال نفسه وغيره.

104

ج ۲۱

وأما قوله في الركن الثاني «وانما يعلم الرضا والاذن باللفظ الدالعليه»، فقد عرفت مافيه من أن الاذن لا ينحصر في اللفظ، فنلاعن العقد المخصوص، ثم لا يخفى أن الشركة بهذا المعنى الذى ذكره واعتبر فيه هذه الاركان الثلاثة وهي التي يبحث عنها في هذا الكتاب انما هي الشركة المسببة عن المزج، دون غير هامما كان سببه الميراث أو الحيازة أو العقد مع أن هذه الأفراد سيما الثالث منها مما دلت الاخبار عن جريان بعض أحكام الشركة فيه، مثل كون الربح بينهما، أو النقص عليهما ونحو ذلك.

ثم انه لا يخفى أيضاً أن المظاهر من كلامهم أن المراد بالشركة ـ ما امتزج من المالين واشتبه فيه التميز بين الحقوق بحسب الطاهر ، لا ما كان كذلك بحسب الواقع ونفس الامر ، بمعنى أن يصير كل جزء جز من ذلك المال المشترك كذلك في نفس الامر : فان الغالب من أسبابها المزج ، وقد صرح في التذكرة فيما قدمنا نقله عنه بان ذلك أعم من أن يكون في الاثمان ، أو العروض التي من ذوات الامثال مثل الحنطة والدخن .

نعم قد يتحقق الاشتراك النفس الامرى في العيرات. وشراء شيء بالاشتراك وعدو ذلك، ومن حنا يظهر من المحقق الاردييلي المناقشة في اشتراط العداد المجنس، حيث قال: فان الشركة بالمعنى المتقدم (١) تجرى في غير المتجانسين أيضاً، حيث ارتفع الماير، وحينتًذ فما ذكره في التذكرة في الركن الثاك في بيان المال الذي تبرى فيه الشركة حيث اشترط تساوى المجنس في المال المشترك اثمانا وعروضا محل تأمل، فانه متى ثبت أن الشركة تحصل بمجرد المزج الموجب لعدم تميز الحقوق، وان لم يكن كذلك في نفس ألامر، صح أيضاً المزج الموجب لعدم تميز الحقوق، وان لم يكن كذلك في نفس ألامر، صح أيضاً وأيده أيضاً بأن المدار في حصول الشركة على الاشتباه وهو حاصل في الموضعين فانه قد يحصل التفاوت قيمة ووصفا في المتجانسين أيضاً (٢) وهو واضح.

⁽١) ومراده بالمعنى المتقدم هو الشركة ظاهراً دون نفس الآمر . منه رحمه الله

 ⁽٢) قوله قد يحصل التفاوت في المتجانسين الي آخره جواب عن سؤال مقدر و هو
 أن عدم حصول الشركة فيما لو كانا مختلفين غير متجانسين لحصول التفاوت قيمة و وصفاً مع
 الاختلاف . منه رحمه الله .

وأيضاً لا شك في تحقق الاذن في التصرف على وجه الشركة بالشراء بالمين المماثل وغيره ، فتحصل فائدة الشركة بل يحصل ذلك مع الامتياز أيضاً ، الا أنه يكون الشركة باعتبار القيمة فلامانع منها حيننذ .

أقول : ان كان مراده بما ذكره في غير المتجانسين من حسول الاشتباء وعدم المائز الذي جمله مناطا للشركة ، باعتبار عسرالتميز بينهما ولو مجازاً ، فما ذكره محتمل ، والا فانه مع اختلاف الجنسين لااشتباه ، بل التميز حاصل ، فانه متى خلط حنطة بشعير ، فان الأمتياز حاصل ، والاشتبام و تفع الاانه يعسر تخليص احدهما من الاخر فدعوى حصول الاشتباه وعدم المايز لايتم الااذا كان باعتباد ماذكر ناممن التجوز عن عسر تخليص أحدهما من الاخر ، وان كان الجميع مشتر كافي الاشتراك الما المنترك في الجنس كحنطة بحنطة . والمختلف كحنطة بشعير ، الاشتراك فيهانماه و بحسب الظاهر ، لانفس الامر .

وبالجملة فان كلامه هنا لا يتخلو من اجمال ، وظاهر الميل الى ما قدمنا نقله عن أبى حنيفة من عدم اعتبار الامتزاج ، وأنه تصح الشركة مع الامتياز ، وأنت خبير بانالم نظفر لهم بدليل على ما ذكروه من شرط التجانس ، ولاشرط الامتزاج ، بل ظاهر الاخبار العموم ، كما أنك قد عرفت أيضا أنه لادليل على العقد الذى ادعوه ، وأن الشركة شرعا عبارة عن ذلك العقد ، والمفهوم من ظواهر الاخبار أنه اذ اشتركا في مال واتجرابه ترتبت عليه أحكام الشركة ، سواء كانت ثمة عقد أولم يكن ، اتفق المال جنساً أواختلف ، مزج بعضه ببعض أملم يمزج .

ومنها دواية حسين بن المختاد المتقدمة ، وحسنة المعلبي (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) في دجلين اشتركا في مال فر بسعاد بسماً وكان من المال دين ، المحديث وقد تقدم في كتاب الدين .

وبالجملة فان أبحاثهم وتفريعاتهم في هذه المواضع الخالية من النصوص قدجروا فيها على أبحاث مخالفيهم في ذكرها ، و البحث عنها ، ورجحوا منها ما (۱) التقيه ج ٣ ص ١٤١٤ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١

رجموه بأفكادهم ، وردوا ماردوه بذلك ، حيث أن كتب متقدمي الاسحاب خالية من هذه الابحاث ، وهذه الفروع مقسورة على الاخبار كمالايخفي على من جاس خلال الدياد ، وأول من سلك هذه الطريقة الشيخ (رحمة الله عليه) وتبعه من تأخر عنه . والله العالم .

تغانيب : قال في التذكرة : يكره مشادكة المسلم لاهل الذمة من اليهود والنسارى والمبحوس وغير أحل الذمة من سائر اصناف الكفاد عند علمائنا .

أقول : ويدل عليه صحيحة ابن رئاب (١) المتقدمة في المسئلة الأولى .

وما رواه الكافى عن السكونى (٢) عن أبى عبدالله (عليه السلام) ان أمير ــ المؤمنين (صلوات الله عليه) كره مشاركة اليهودى والنصرانى والمجوسى ،الأأن تكون تجارة حاضرة لايغيب عنها المسلم، و مورد الروايتين الذمسى ، (٣) ولمل دخول ساير الكفار فى الحكم المذكور من باب الاولوية ، لانه اذا ثبت ذلك فى أهل الذمة فغيرهم من ساير اسناف الكفار بالطريق الاولى .

المسئلة الثالثة ـ الشركة قد تكون في عين ، وهوظاهر ، وقد تكون في منفعة كالاجارة والحبس والسكني ، و قد تكون في حق كالاشتراك في الخياد ، والشغعة بالنسبة الى الورثة ، والقصاص والرهن والحدوقد تقدم أن سببها قديكون ارثا وهو يبجرى في الاقسام الثلاثة السابقة ، بان يرثا مالا ، أويرثا منفعة دار استأجرها مورثهم ، أومنفعة عبد موصى بخدمته ،أويرثا حق شفعة أو خياد أورهن، وقد يكون سببها عقداً ، وهويجرى ايضافي الاقسام الثلاثة المذكورة ، فجريانه في العين بأن يشتريا داراً وفي المنفعة بأن يستاجراها ، وفي الحق بأن يشتريا

⁽١) الكافي ج 'ه ص ٢٨٦ ح ١ باب مشاركة الذمي والتهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ١

^{· (}۲) الكانى ج ه ص ۲۸۲ ح ۲ ، وهما فىالوسائل ج ۱۳ ص ۱۷٦ ح ۱و۲

⁽٣) ومنها روايات عديدة تقدمت في كتاب الدين و هي بهذا المضمون في رجلين بينهمامال منه دين ومنه عين فاقتسما العين والدين فتوى المذى كان لاحدهما مسن الدين أو بعضه وخرج الذى للاخر يرد على صاحبه قال : نعم ما يذهب ماله .منه رحمهاقه .

بخيار ، وقد يكون حيازة ، وهوانما يتصور في العين خاصة .

وسببية الحيازة اما بأن يشتركا في نصب حبالة الصيد المشترك ، ورمى السهم المثبت له فيشتركان في ملكه ، أوبأن يقتلعا شجرة أويقترفا ما و دفعة ، فانه يتحقق الشركة بذلك في الجملة ، الاأنه يكون لكل منهما من ذلك المحاز بنسبة عمله ويختلف ذلك بالقوة والضعف ، ولواشتبه مقدار كلواحد فطريق التخلص السلح، و ما كان من الحيازة على غير الوجوه المذكورة فانه يختص كل بما حازه على الاظهر .

هذا مع تميزه ، لانه في معنى شركمسة الابسدان ، و هسسى جائزة على الاشهر الاظهر ، اما معامتزاجه فانه يكون مشتركا ، لكن لامن حيت سببية الحيازة ، بلمن حيث المزج الذي هو أحد الاسباب كما عرفت ، كما لوامتزج المالان وهو خارج عن محل الفرض .

وقديكون مزجاً وهوانما يتصور في العين خاصة ، وينبغى أن يعلم أن سببية المزج في الشركة أعم من أن يكون المزج اختياداً أووقع ذلك اتفاقا ، بأن وقع أحد المالين على الاخر وامتزجا على الوجه المعتبر في الشركة ، فانه يثبت بذلك الشركة ، وضابط الامتزاج الذي يثبت به الشركة عدم التميز ، فلهذا اعتبر فيه الاتفاق في البحنس والصفة عندهم ، فلولم يكونا من جنس واحد وتحقق الامتياز وان عسر التخلص كما في مزج الحنطة بالشعير فانه لاشركة هنا ، ومثله الدخن بالسمسم ، وكذا لولم يكوناعلى صفة واحدة كحبة الحنطة الحمراء بغيرها ، فانه لاشركة أيضاً .

ويأتى على ما تقدم نقله عن السحقق الاردبيلي حصول الشركة وسمحتها في في الموضعين المذكورين الا أنت قدعرفت مافيه ولافرق فيما ذكرنا من حصول الشركة بالامتزاج على الوجه المذكور بين الاثمان والعروض المثلية ، كالحنطة وغيرها من الحبوب ، وهو اجماعي عندنا ، ولم ينتمل الخلاف هنا الاعن بعض العامة

حيث خص ذلك بالاثمان كالمضاربة (١)

بقى الكلام فى العروض الغير المثلية كالثوب والخشب و العبد وتعوذلك ، فهل يتحقق فيه الشركة بالمؤج أم لا ؟ وانما يتحقق بالارث والعقد ، وبالاول منهما صرح فى التذكرة ، حيث قال : تذنيب ،اذ اشتركافيما لامثل لهكالثياب وحصل المزج الرافع للامتياذ تحققت الشركة و كان المال بينهما ، فان علمت قيمة كل واحد منهماكان الرجوع الى نسبة تلك القيمة ، والاتساويا عملا باصالة التساوى انتهى .

و الثانى ظاهر المحقق فى الشرايع ، حيث قال : أما مالامثل لــ كالثوب و الخشب و العبد فــ لايتحقق فيه المزح ، بل قــد تحصل بالارث أوأحد العقود الناقلة .

وظاهره في المسالك الميل الي ما ذكره العلامة في التذكرة ، حيث اعترض المصنف هنا ، فقال : في عدم تحققه بالمزجمطلقا منع بين ، بل قد يتحقق كالثياب المتعددة المتقاربة في الاوصاف ، والخشب كذلك ، فيتحقق الشركة فيه والنابط عدم الامتياز ، ولا خصوصية للمثلى والقيمي في ذلك . انتهى .

ثم انه على تقدير القول الاول من ثبوت الشركة هنا فان علم قيمة مالكل واحد منهماكان الاشتر الدبنسبة القيمة ، فان لم تعلم فهل يحكم بالتساوى ؟ لانه الاسل أم يرجع الى الصلح ، قولان: أولهما صريح عبارة التذكرة المتقدمة ، و ثانيهما اختياره في المسالك ، وهو أيضاً ظاهر المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد حيث قال بعد الكلام في معنى عبارة التذكرة المذكورة : ما لفظه ، الا أن في الحكم مع عدم العلم بالقيمة ما بالتساوى معلى للاصل محل التأمل ، بل ينبغي هنا السلح

⁽١) هذا الخلاف من بعض العامه انما هو بالنسبة الى الشركة شرعاً لابالنسبة الى المعنى المشهور المفهوم منهالفة وعرفاً فانهلاخلاف بين الخاصة والعامة في تحققها بمجرد الامتزاج كيف اتفق مع التماثل. منه رحمه الله .

والتراضى ، فان مساواة الاعراض بحسب القيمة مع تتخالف البعنس نادد ، والاسل لا يقتمنى ذلك . نعم مع التشاح وعدم الرضا بالسلح ، لاوجه للخلاص سؤى ماذكره، فيقسمان جميع المال قسمة متساوية مع عدم العلم بالتفاوت أسلا ، ومعه و مع الاشتباء يمكن القرعة التهى .

وأنت خبير بما في قوله : «فان مساواة الأعراض بحسب القيمة مسع تخالف البعنس نادر» من النغلة ، فان البعنس هنا غير مختلف ، انمحل البحث في القيمى كالثياب والخشب ونحوها ، بمعنى أن المشترك بينهما ثياب متفقة في الأوصاف ، أوخشب كذلك ، أونحوذلك .

و على تقدير القول الثاني من عدم ثبوتها بالمزح في السورة المغروضة ، فلوأراد الشركة باع كل منهما حسته مما في يده بمحسته مما في يد الاخس ، ومثله مالوأرادا الشركة في المثلى مع اختلاف الجنس أوالوسف .

ومثل هذه الحيلة في حسول الشركة مالو وهب أحدهما صاحبه حسة من ماله ووهب الاخركذلك اوباعه حسته بثمن معين ثماشتر ابه حستمن الاخر، والمراد من الشركة في جميع هذه السور الشركة المشهورة لاالشركة الناسة التي هي عبارة عن الاذن في التسرف. والله العالم.

المسئلة الرابعة - قال في التذكرة : الشركة على أدبعة أنواع ، شركة المنانوش كة الابدان ، وشركة المنان وشركة الوجود ، فأما شركة المنان فهي أن يعترج كل مالا ويمزجاه ، و يشترطا العمل فيه بأبدا الهماء الى أن قال اوأما شركة الابدان بان يشترك اثنان أو اكثر فيما يكتسبون بأيديهم ، كالمناع يشتركون على أن يعملوا في صناعتهم، فما در قالة فهو بينهم على التساوى، أو التفاوت .

واما شركة المفاوضة فهوأن يشتر كاليكون بينهما ما يكتسبان ، ويربحان و بلتزمان من غرم و ما يعصل لهما من غنم ، فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الاخرمن أدش جناية ، وضمان غسب، وقيمة متلف ،وغرامة لضمان أو كقالة ، و يقاسمه فيما يعصل له من ميراث ، أو يجده من دكاذ أو لقطة ، او يكسبه

109

شركة المفاوضة أن يكون مالهما من كل شيء يملكانه بينهما.

وأما ش كة الوجوء فقدفسرت بمعان ، أشهرهاأن يشترك اثنان وجيهان عند الناس لامال لهما ، ليبتاعا في الذمة الى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما ، فيبيعام يؤديا الاثمان، فمافضل فهو بينهما ، وقبل : أن ستاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل ، ويشترطان أن يكون الربح بنهما ، و قيل ان يشترك وجيه لامال له ، و خامل ندمال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل ، ويكون المال في يده لايسلمه الى الوجيه ، والربح بينهما، وقيل : أن يبيم الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعض الربحله ،ولايسم شيء من أنواعالشركة سوى شركةالعنان انتهى كلامه (قدس سره).

والكلام هنا يقع في مواضع : الأول - أن ماذكره من أنه لايسم شيء من هذه الاتواع سوى شركة العنائهو المشهور بين الاصحاب، وقال ابن الجنيد: لواشترك رجلان بغسر رأس مال على أن يشتريا ويبيعابو جههما جاز ذلك ، ولو اشترك رجلان وكان من عند أحدهما بذر و بقر ، وعلى الأخرالعمل و الخراج ، كانت الشركة جائزة بينهما ، ولواشترك رجلان على أن يعملا عملا لكل واحد منهما فيه عمل منفرد (١) أوأن يكون يديهما جميعاً في العمل ، وتقسم الاجرة بينهما لم أجز ذلك ، لأن الاجرة عوض عن عمل ، فاذا لم يتميز مقدار عمل كل واحد منهما لمآمنأن يلحق أحدهما غبن أوأن يأخذمالا يستحقه ،فانتتار كاالفضل وتحالاً ، أويضمن أحدهما بالعمل ثم قسمه على الاخرمن غير شركة جاز انتهى. وهوظاهر في جوازش كة الوجوه ، وشركة الابدان على التفسيل المذكور:

⁽١) قال في المسالك : لاخلاف عندنا في بطلان شركة الاعمال الامن ابن المجنيد حيث أجازها مع نشاركهما الفضل أوعمل أحلهما وقسمته على الاخر من غير شركة ، مع أنه راجع الى بطلانهما لان تداركهما الفضل بعد مزج الاجرتين و تحالهما أمر خارج عن صحة هذه الشركة وكذالوتبرع أحدهماعن الاخر بمشاركته في أعماله انتهى . وهو جيد . منه رحمه الله .

وان شركة الوجوه عبارة عن المعنى المشهور المذكور في كلام العلامة .

قال العلامة في المختلف في مقام الرد عليه: لنا اجماع الفرقة ، و خلاف ابن الجنيد غير معتدبه ، لانقراضه ، وحصول الاتفاق بعده، ولان الاسل عدم السركة، وبقاء حق كل واحد عليه ، ولانه ضرر عظيم ، ولان الشركة عقد شرعى يتوقف على الاذن فيه . انتهى .

والمفهوم من كلامه وكذا غيره من الاصحاب هو بطلان السركة في جميع الانواع المتقدمة ما عدا شركة العنان ، وظاهر المحقق الاردبيلي المناقشة هنا في بعض المواضع حيث قال : بعد نقل قول العلامة في التذكرة : و أما شركة الابدان فعندنا باطلة ، سواء اتفق عملهما أواختلف ، بأن يكون كل واحدمنهما خياطاً ، ويشتركا في فعل الخياطة ، أويكون أحدهما خياطاً والاخر نبحاداً ، أو يعمل كل واحد منهما في صنعة ، ويكون الحاصل بينهما ، وسواء كانت يعمل كل واحد منهما في صنعة ، ويكون الحاصل بينهما ، وسواء كانت السنعة البدئية في مال مملوك ، أوفى تجصيل مال مباح ، كالاصطياد والاحتشاش والاحتطاب .

فقال المحقق المشاداليه و لايظهر دليل على عدم الجواذ ، سوى الاجماع ، فان كان فهو ، والا فلامانع ، فانه يرجع الى الوكالة فى بعض الامود (١) و تمليك مال فى البعض الاخر، وبذل نفس وعمل فى مقابله عوض ، ولامانع منه فى العقل والشرع ، ولهذا جوز بعض أقسامها بعض العامة ، ثم نقل عنه أيضا أن شركة المفاوضة عندنا باطلة ، وليس لها أصل ، وبهقال الشافعى ، ومالك ، ثم نقل عنه أيضاً فى شركة الوجوم أنها عندنا باطلة ، وبهقال الشافعى ومالك ، ثم قال : والبحث فيهما مثل ما تقدم فتأمل . انتهى .

⁽١) الظاهر ان الرجوع الى الوكالة فى مثل الشركة فى الاحتطاب ونحسوه فان كلامنهما جعل الاخر وكيلاعنه فى ذلك وتمليك المال فى ما لوتبرع أحدهما فى ما له وأعطى شريكه حصة من الربح فانه يرجع السى تمليك ملل وأما الثالث فلا أعسرف له وجها منه رحمه الله .

و كلامه لايخلو من غموض وخفاء ، و ان سلم صحة ما ذكره ، الا أن دخوله تحت لفظ الشركة بأى المعنيين محل اشكال .

وأما ما ذكره ابن الجنيد من أنهلواشترك رجلان وكان من عند أحدهما بذر وبقر ، وعلى الاخرالعمل والخراج ، كانت الشركة جائزة بينهما ، فهو خلاف ما يفهم من كلام الاصحاب، بل الظاهر أنه لاشركة هنا ، وانما الحاصل لما حب البذر، وللمامل الاجرة .

قال في التذكرة: لوكان لواحدالبذد ، وللاخر الدواب ، ولثالث الارض، و اشتركوا مع دابع ليعمل ، ويكون الحاصل بينهم فالشركة باطلة ، و النما الساحب البذد ، وعليه أجرة المثل لساحب الارض ،عن ادضه :ولساحب الدواب عن عملها ، ولساحب العمل عن عمله ، فان أساب الزرع آفة ولم يحسل شي ممن الغلة لم يسقط حقهم من أجرة المثل انتهى .

و هذا هـو الموافق لمقتضى الاصول الشرعية ، وأنت خبير بأن أخبادنا خالية من ذكر هذمالانواع ، والظاهر أنهامن اصطلاحات العامة ، ولهذااختلفوا في كل منهاصحة وبطلانا ، واطلاقا وتقييداً ،كما لايخفى على من داجع كتاب التذكرة ، وأصحابنا قـد اقتفوا أثر هـم فـى ذكـرها ، و البحث عنها و انفقوا عدا ابن الجنيد على بطلان ما عدا شركة الاموال . والله العالم .

الثاني - قد عرفت أن أحدالانواع المتقدمة شركة العنان بكسر العين ككتاب ، وهو سير اللجام الذى تمسك بهالدابة ، وهى المتفق على جواذها ، وهى عبارة عن الشركة في الاموال .

بقى الكلام فى وجه هذه التسمية فقيل: مبن عنان الدابة ، أما لاستواء الشريكين فى ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربسح على قدد دأس المال ، كاستواء طرفى المنان، أو تساويا لفارسين اذاسويايين فرسيهما ، و تساويا فى السير يكونان سواء ، وامالان لكل واحدمنهما أن يمنع الاخرمن التصرف كما يشتهى ويريد ، كما يمنع العنان الدابة ، واما لان الاخذ بعنان الدابة حبس أحدى يديه

على العنان ، ويده الاخرى مطلقة يستعملها كيف شاء ، كذلك الشريك يمنع بالشركة نفسه عن التصرف في المشترك كما يشتهي ، وهو مطلق اليد والتسرف في ساير أمواله .

وقيل : من دعن، اذا ظهر أما لانه ظهر لكل واحد منهما مال صاحبه ، أو لانها أظهر انواع الشركة ، ولهذا أجمع على صحتها ، وقيل : من « العانة » وهى المعادضة ، لان كلو احد منهما عارض بما أخرجه الاخر .

الثالث ـ ماذكره في آخر العبارة المتقدمة من قوله « ولا يصح شي من أنواع الشركة سوى شركة العنان ، محتمل لكون المسراد بالشركة بالمعنى المشهور المتبادر ، وهو اجتماع حقوق المسلاك كما تقدم ، وهو الذي يقتضيه السياق في عد هذه الانواع ، ويحتمل المعنى الخاص ، لانه الغرض الذاتي منها ، ويؤيد تعريفه لها بما ذكره من أنها عبارة عن أن يخسر حكل مالاً ، ويمزجاه ، ويشترطا العمل فيه بأبدانهما .

قال في المسالك: ولابد لها بهذا المعنى مع اشتراكهما في المالين من صيغة تدل على الاذن في التسرف، لانهما ممنوعان منه، كسائر الامو الدالمشتركة وهي كل اغظ يدل على الاذن فيه على وجه التجارة، سواء كان قبل الامتزاج أو بعده، وسوا، وقع من كلمنهما للاخر، أم اختص بأحدهما، وبهذا المعنى لحقت بقسم العقود على تكلف أيضاً، وتترتب عليها الاحكام التي يذكرها المصنف بعد هذا انتهى.

أقول: قد عرفت آنفا ما في هذا الكلام، وأنه لادليل على اعتبار هذا العقد لكن يتجه الايراد على الاصحاب بأنهم لما ذكروا للشركة معنى آخر، وهو الذي تترتب عليه الاحكام الاتية كان الواجب عليهم أن يعر فوا الشركة في هذا المقام بغير التعريف المشهور كماذكره شيخنا المذكور: لان غرضهم بيان الشركة التى هي مثل العقود تترتب عليها الاحكام من جواز التصرف واستحقاق الربح ونحو ذلك، وأنه عقد جائز، وله أركان ثلاثة، ومع ذلك لم يعر فوها بشيء زيادة

على التعريف المشهود ، مع أن الاحكام لاتترتب على ذلك التعريف المشهود بمجرده ولعلهم بنوا كلامهم كما قدمنا ذكره على أن المقصود واضح ، وأن الشركة الحقيقية هو اجتماع المال كما تقدم ، وأما الاحسكام فتناط بالاذن في التصرف في المسال المشترك ، والاذن كما تقدم يحصل بأى تحوكان ، وتيعو روا في اطلاق العقد على هذا الاذن في اثناء الكلام في المقام . والله العالم .

المسئلة الخامسة - لا اشكال ولا خلاف فى أنه مع تساوى المالسين يتساوى المريكات فى الربح الشريكات فى الربح والتقصات ، و كذا لو زاد دأس مال أحدهما كان له من الربح بنسبة الزيادة ، وعليه من الخسران بالنسبة أيضاً ، وانما الاشكال والخسلاف فيما اذا اشترط أحدهماذيادةالربح مع تساوى المالين ، أوالتساوى فى الربح والخسران مع تفاوت المالين .

وقد اختلف الاصحاب في ذلك على أقوال ثلاثة: الاول - ما ذهب اليه الشيخ وابن ادربس والمحقق وجمع منهم من بطلان الشركة ، لا نتفاء مايدل على الصحة فيكون أكل مال بالباطل ، لان الزيادة ليس في مقابلها عوض ، لان الفرض انها ليست في مقابلة عمل ، ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة ، لتضم الى أحد الموضين ولا اقتضى تملكها عقد هبة ، والاسباب المثمرة للملك معدودة ، وليس هذا أحدها فيكون اشتراطها اشتراطاً لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك ، كما لو دفع اليه دابة يحمل عليها ، والحاصل لهما ، فيبطل العقد المتضمن له اذ لم يقم التراضى بالشركة والاذن بالتصرف الا على ذلك التقدير ، وقد تبين فساده ، ولا يندج في الامر بالايفاء بالعقود ، ولا في «المؤمنون عند شروطهم».

الثانى - ماذهب اليه المرتضى واليه ذهب العلامة و والده وولده من القول بالصحة ، وادعى عليه المرتضى الاجماع ، واحتجوا بالادلة العامة مثل قوله تعالى و أوضوا بالمقسود » (١) و « الا أن تكون تجسارة عن تراض » (٢) وقد وقع على

⁽١) سورة المائدة الآية ١

⁽٢) سورة النساء الاية ٢٨

ما اشترطاه ، وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) و المؤمنون عند شروطهم > (١) والاجماع المنفول بخبر الواحد كما يقبل نقل غيره من الادلة به ، واصالة الاباحة وبناء الشركة على الارتفاق بكل منهما ومن جملته موضع النزاع .

الثالث ما ذهب اليه أبو السلاح من صحة الشركة دون الشرط، وجعل شرط الزيادة اباحة لها يجوز الرجوع فيها مادامت العين باقية ، قال على مائقله عنه في المختلف: اذا تكاملت الشروط انعقدت الشركة ، ووجب لكل واحد من الشريكين من الربح بمقدار ماله ، ومن الوضيعة بحسبه ، قان اصطلحوا في الربح على أكثر من ذلك ، حل تناول الزيادة بالاباحة ، دون عقد الشركة ، ويجوز لمبيحها الرجوع فيها ما دامت العين قائمة ، فان اشترط في عقد الشركة ، تفاضل في الوضيعة صحت الشركة ، وبطل الشرط ، وكانت الوضيعة بحسب الاموال ، الا أن يتبرع أحد الشريكين على الاخر ، فان كان أحد الشريكين عاملاً فجعل له الاخر فضلا في الربح باذاء عمله لم يمض الشرط ، وكان للعامل أجرة عمله من الربح ، وبحسب ماله انتهى .

أقول: الظاهر ان محل الخلاف هنا مالوشرط الزيادة مع عدم زيادة عمل له يقابل الله الزيادة ، أمالوكان له عمل ذائد يقابلها ، فالظاهر أنه لاخلاف في جواز المقد: وصحة الشرط قال في التذكرة : لواختص أحدهما بمزيد عمل وشرط مزيد ربح له صح عندناو الى ذلك ايضاً يشير قولهم في حجة دليل القول الاول ، لان الفرض أنها ليست في مقابلة عمل وبالجملة فالظاهر أنه لا اشكال في ذلك ، وعلى هذا بنيني أن يقيد بذلك اطلاق القولين الاولين .

وأما ما احتج بهأصحاب القول الثانى: فقدعرفت جواب بعضه من احتجاج أصحاب القول الاول ، وبقى منه دعوى الاجماع ، وهو تشبث بما هو أوهن من بيت العنكبوت ، وأنه لاوهن البيوت .

⁽١) التهذيب ج٧ص١٣٦ ح٣ - ١٥، الاستصار ج٣ ح ٥٣٥ ، الوسائل ج ١٥ - ٣ ح ٤

واما الاستناد الى الاية ،الا أن تكون تجادة عن تراض ففيه أن الشركة ليست تجادة ، فلا تناولها الاية . نعم لوكانت الزيادة في مقابلة ذيادة في العمل كان ذلك معاوضة و تجادة عن تراض الأأنك قدع فت أن هذا ليس من محل البحث في شيء ، ويمكن أن يقال : بسحة الشرط ، لكن لامن حيث الشركة ، بل من حيث أنه وعد ، و قد دلت الاية و الرواية على وجوب الوفاء بالوعد كما تقدم في الابحاث السابقة ، لان صاحب الزيادة قدوعد باعطائها و رضى بذلك ، ورد كلام أبي السلاح بأنه مبنى على أن الشرط الفاسد لايفسد العقد والاقوى خلافه، وفيه ماعرفت فيما تقدم في الابحاث السابقة ، وفي مقدمات كتاب الطهادة .

وكيفكان فالمسئلة كغيرهامماتقدم من أمثالها لا يتخلو من الاشكال، لعدم النص الواضح في هذا المجال، وظاهر شيخنا الشهيدالثاني في المسالك التوقف في ذلك ، حيث اقتصر على نقل الاقوال المذكورة ونقل حججهاولم يرجح شيئامنها، وهو في محله هذا في مالوعملامعاً امالوكان العامل احدهما معشرطالزيادة للعامل فالظاهر أنه لااشكال في صحته، ويكون العقد حينئذ قراضاً، وشركة ، فيشتركان في الربحين حيث كون رأس المال شركة ، و يختص العامل بالزيادة المشروطة في مقابلة عمله كما يتختص عامل المضادبة بالمحسة المعينة له من الربح في مقابلة عمله، ويأتي مثل ذلك فيما قدمناه من أنهما لوعملامعاً ولكن كان في عمل احدهما زيادة ، و شرطت الزيادة له في مقابلة زيادة عمله .

اما مع تساويها في المالين وزيادة عمله ، أدمع نقصان ماله مع تساويهما في الممل، أو زيادته بطريق أولى ، لاشتراك الجميع في كون الزيادة في الربح في مقابلة عمل ، فكان المقدعقد معاوضة من الجانبين ، بالنظر الى أن العمل متقوم بالمال.

ولكن الشيخ ومن تبعه أطلقوا المنع ، والمرتضى ومن تبعه أطلقوا الجواذ، والتفصيل بماذكرناه كما صرح بسه شيخنا الشهيد الثانى وغيره اجود، وينبغى تقييد الاطلاقين المذكورين بذلك ، لما قدمناه سابقا من تصريح العلامة فى التذكرة بذلك ، بل ظاهره دعوى الاجماع فى ذلك ، حيث قال : عندنا ، مع كونه من القائلين بقول المرتضى ، وماذكر فى حجة القول الاول : مسع أن الدعوى

مطلقة ، فـذكر ذلك في دليلها ، دليل على أنه ليس المسراد بتلك الدعوى على الطلاقها . والله العالم .

العسئلة السادسة ... مستى حصلت الشركة بالمعنى المشهور فانه لايجوز لكل من الشريكين التسرف الا باذن الاخر ، لما ثبت عقلا ونقلا من عدم جواز التسرف في مال الغير الاباذنه ، فان اذن أحدهما للاخر اختص المأذون بالتسرف ، فلا يجوز للاذن التسرف الا باذن المأذون : والاذن توكيل في التسرف ، فلا يجوز له أن يتعدى ما أذن له من العموم والخصوص ، والاطلاق والتقييد ، فان أطلق في التسرف تصرف كذلك ، وان خصص اختص بما خصمه ، ويراعى فيه المسلحة ، فان أطلق له في التبارة تصرف كيف شاء من أنواع التبارة ، مسن البيسع والشراء مرابحة ، ومساومة ، وتولية ، ومواضعة ، حيث تقتضيها المسلحة وقبض الثمن واقباض المثمن ، وعمو ذلك مما تقدم في كتاب البيع .

و هل يتناول الاطلاق السفر حيث شاء؟ احتمالان : من حيث دخوله تمحت الاطلاق، ومن حيث كونه مظنة الخطر، ولا يجوز لمه اقراض شيء من المال الامم المصلحة، ولا المضاربة عليه لانه ليس من توابع التجارة.

وقد سرح فى التذكرة فى غير موضع بان اذن الشريك توكيل، فيجب حينتذأن يراعى فيه ما يجب مراعاته فى الوكالة فلابدأن يقتصر على ما اذن له فيه، كما يجب على الوكيل ان يقتصر على ما وكل عليه، فلو تعدى فى بعض المواضع عن محل الاذن أثم وضمن، وحيث كانت الشركة من العقود البحائزة دون اللازمة بالاجماع فلكل من الشركاء الرجوع فى الاذن والمطالبة بالقسمة.

أما الاول فان مبناها على الاذن في التصرف ، وهو في معنى الوكالة ، فتكون جائـزة ، وأما الثاني فلانه لا يبجب على الانسان مخالطة غـيره في ماله ومقتضى الاصل أن يتصرف كل منهما في ماله كيف شاء .

قال في التذكرة: الشركة عقد جائز من الطرفين ، وليست من المقمود اللازمة اجماعاً فاذا اشتركا بمزج المالمين ، فأذن كل واحد منهما لساحبه في

التعرف (١) فلكل واحد من الشريكين فسخها لان الشركة في الحقيقة توكيل وتوكل ، فلو قال أحدهما للاخر : عزلتك عن التصرف ، أو لا تتعرف في نصيبي العزل المخاطب عن التصرف في نصيب العاذل ، ويبقى التصرف في نصيبه ، ولا ينعزل العاذل عن التصرف في نصيب المعزول الا بقول متجدد منه ، ولو فسخاها مما فان الاشتراك باق وان لم يكن لاحدهما التسرف في نصيب الاخر ، ولوقال أحدهما : فسخت الشركة ارتفع العقد ، و انفسخ من تلك المحال ، وانعزلا عن التصرف ، لارتفاع العقد . انتهى .

قيل: وفي قوله « ولو قال أحدهما الى آخره ، تأمل ، لان أحدهما تكلم فقط بقوله « فسخت الشركة » و هو يؤل الى عدم اذنه للاخر في التسرف ، وعزله و إسلال وكالته ، لما قد مر مراداً ان هذا المقد والاذن توكيل ، و غاية ما يكون عزلا لنفسه أيضاً فاذا بدا له يجوذ التسرف اذا قلنا ان الوكيل لا ينعزل بمجرد عزله ، ولا يحتاج الى اذن جديد ، الا أن يعلم الاخر الموكل بل يرضى بعزله أو يعزله فتأمل . انتهى .

وملخس كلامه المناقشة فى الاتفاع العقد بالكلية ، فان هذا القول انما وقع من أحدهما ، والذى يدل عليه عزله الاخر عن التصرف ، وابطال وكالته ، و غاية ما يمكن التزامه أنه عزل لنفسه أيضاً ، الا أنه بمجرد ذلك لايلزم بطلان العقد وارتفاعه ، بناء على أن الوكيل لاينعزل بمجرد عزل نفسه ، بل يجوزله الرجوع بغير توكيل آخر ، فكذا هنا يجوز له الرجوع بدون اذن اخر ، فلايتم حينتُذ المحكم بارتفاع العقد .

وكما ينفسخ الشركة بالقسخ تنفسخ ايضاً بالجنون والموت، لبطلان الوكالة بهما، وهي في معناها كماعرفت، بلهي وكالةفي التحقيق، ونحوهما أيضاً الاغماء والحجر

⁽١) اشارة الى الشركة بمعنى المشهور وقوله فأذن كل واحد منهما لصاحبه فى التصرف الشارة الى المخاص المصطلح عليه بين الاصحاب المعبر عنه بالعقد وهو دائما انما يعبر عنه بالاذن وهو مؤيد لما قدمناه من التحقيق من أنه ليس هنا عقد كما يدعونه وليس الا الاذن وان سموه عقداً تجوزاً . منه رحمه الله .

لسفه أوفلس .

قال في التذكرة: وكذا ينفسخ بموت أحدهما وجنونه، و اغمائه والحجر عليه للسفه، كالوكالة، ثم في صورةالموت ان لم يكن على الميت دين، ولاهناك وصية تخير الوادث بين القسمة مع الشريك وفسخها، وبين تقرير الشركة انكان بالغا رشيدا، وانكان صغيراً أومجنوناً فعلى الولى مافيه الحظ من فسخ الشركة أوابقائه، ولابد في تقرير الشركة من عقد مستأنف، وانكان على الميت دين لم يكن للوادث التقرير على الشركة الأأن يقنى الدين من غير مال الشركة ، ولو كان هناك وصية، فانكات لمعين فهو كاحدالورثة، يتخير بين التقرير والفسخ ان تملقت الوصية بذلك المال، وانكان تلغير معين كالفقراء لم يجز تقرير الشركة الابعد خروج الوصية، فاذا خرجت الوصية بقى المال كما لولم تكن وصية، يتخير النورث بين التقرير والفسخ .

المسألة السابعة _ لوشرط التأجيل في الشركة بمعنى ترتب أثرها عليهامن التصرف للتجارة و نحوها الى أجل مخصوص لم يلزم الشرط المذكور ، بل لكل منهما فسخها قبل الاجل ، لانها عقد جائز ، فلا يؤثر شرط التأجيل فيه .

نعم يترتب على الشرط المذكور عدم جواذ تصرفهما بعد الاجل الاباذن جديد ، لعدم تناول الاذن السابق له ، فهذا الشرط وان لم يؤثر في وجوب الممنى على الشركة الا أنه يؤثر فيماماذكرناه ، فله أثر في الجمله .

ونقل في المختلف عن الشيخين أنهما قالا: الشركة بالتأجيل باطلة ، قال : والظاهر أن مرادهما ليس البطلان من دأس ، بل عدم اللزوم ، و لهذا قال المفيد عقيب ذلك : ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه أى وقت شاء ، ثم نقل عن أبي الملاح أنه قال : ولا تأثير للتأجيل في عقد الشركة ، ولكل شريك مفادقة شريكه أى وقت شاء وان كانت مؤجلة .

ثـم قال : والمبارتان رديتان ، والتحقيق أن للتأجيل أثراً وهو منع كــل

منهما من التصرف بعده الاباذن مستأنف ، وانهم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة ، اذ لكل منهما الفسخ قبل الاجل. انتهى.

المسئلة الثامنة - ينبغى أن يعلم أن الشريك أمين لا يضمن تلف ما في يده الا بالتعدى أوالتفريط ، لانه و كيل كما عرفت فيما سبق ، ويقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف ، سواء ادعى سبباً ظاهراً كالغرق ، أو خفياً كالسرق . قال في التذكرة: كل واحد من الشريكين أمين يده يدأمانة على ما تنحت يده ، كالمستودع والوكيل يقبل قوله في المخسران والتلف مع اليمين ، كالمستودع اذا ادعى التلف ، سواء أسند التلف الى سبب ظاهر أو خفى ، فلا يضمن الا مع التفريط ، ويقبل قوله في عدم ما يوجب الضمان من التعدى ، وكذلك في عدم المخيانة ، ويقبل قوله في عدم الشياء بما يالمشرك . الشراء بما ينحمه ، وكذالذاادعى الشراء بالمشترك .

الفصل الثاني فيالقسمة :

وهى تمييز حق أحدالشركاء عن حق الاخر ، والبحث فيها يقع فى مسائل:
الاولى الطاهر أنه لاخلاف بين أصحابنا فى أنها برأسه امرموجب لتمليك الشريك
حصة الشريك الاخر بحصته ، فاذا حصلت بشرائطها حصل بها الملك ، وليست بيعاً
ولاصلحاً ولاغيرهما ، لمدم وجود خواص الغير فيها كصيغة البيع ايجاباً وقبولا،
اوغيره من العقود ، و يدخلها الاجباد فى غيراً فراد البيع التى يدخلها الاجباد ،
ويتقدد أحد النصيبين بقدر الاخر مع تساويهما ، و البيع ليس كذلك ، بل يجوذ فيه الزيادة والنقصان بينهما ، واختلاف اللواذم تدل على اختلاف الملزومات .

خلافا لبعض العامة حيث جعلها بيعاً معاً ته لاخلاف عندهم في أنه اذاطلب أحد الشركاء القسمة ، يجب على الاخر اجابته ، و عدم منعه اذالم يحصل له ضرر بالقسمة ، سواءكان في تركها ضرر أم لا ، وسواءكان أحدهما مضطراً الى القسمة أملا ، لائه يجب إيصال حق الغير البه ، و لا يجوز منعه عنه ، وهـوهنا بالقسمة ،

ولاتسح الاباذن الشركاء الاما سيأتى التنبيه عليه .

الثانية ـ لاخلاف في أنه مع الضرد على الكل وعدم ضرورة لا تجوز القسمة، لانه تغييع مال ، وهوسفه واسراف منهى عنه ، وأما ما لاضرد في قسمته فانه يجبر الممتنع مع التماس الشريك القسمة ، وهومما لاخلاف فيه أيضاً .

وائما المخلاف في معنى النرد المائع في الصورتين ، فقيل : بأنه عبادة عن نقصان العين أوالقيمة نقصاناً لايتسامح به عادة ، لان فوات المالية مناط النرد في الاموال . ولقوله (سلى الله عليه وآله وسلم) «لاضر ولاضرار» (١) وهوعام ، وقيل: بأنها عبادة عن عدم الانتفاع بالنصيب منفر داكتضمنه النرد والحرج ، واضاعة المال المنهى عنه مثل كسر الجوهرة الكبيرة التي لها ثمن كثير ، وبعد الكسر لاتسوى شيئا قليلا .

وقيل: بأنهاعبادة عن عدمالانتفاع به منفرداً ، فيماكان ينتفع به مع الشركة ، مثل أن يكون بينهما داد صغيرة اذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضع ضيق لاينتفع به في غير ذلك .

قال في المسالك بعد نقل ذلك كما ذكرناه والاقوى اعتبار الاول ، و اليه ايمناً مال المحقق الاردبيلي ، قال : و اعتبار الثانى بعيد ، و الثالث أبعد ، و أشاربهما الى ما ذكرناه هنا ثانيا و ثالثا ، ثم انه على تقديس اعتبار المعنى الاول متى انتفى مثل هذا الضرر عن الشريك ، و طلب الاخس القسمة مع انتفاء عنه أيسناً ، فانه يبجب الاجابة الى القسمة ، ويجبر الممتنع ، وهوظاهر لما تقدم من أنه يبجب ايسال حقه اليه متى طلبه ، ولا يجود منعه ، اذا لقرض أنه لامانع من ذلك ، وأما عدم وجوبها مع ضرد الشريك فهوأيسناً ظاهر ، لخبر (٢) ولا ضرد المنارد ، الأمع تضرد الطالب للقسمة بالشركة ، فيتعارض الضرد ان ، فينبغى أن

⁽۱) و(۲) الكافى ج۵ص ۲۹۲ ح۲ المقيه ج۳ ص ۱۶۱۷ ح ۱۸ والوسائسل ج۱۷ ص ۳۱۹ ح ۱ باب الشفعة وباب احياء الموات ص ۱۱۶۳ ح ۱ و ۱۹۶۳

يرجح الاقل ضرراً ، ومع التساوى يشكل الامر ، فيحتمل الرجوع الى القرعة . وأما لو تشرر الطالب للقسمة بالقسمة دون الممتنع ، فالظاهر أنه لايجب

اجابته ،لان ادتكاب ذلك سغه وتغييع لماله ، الا أن يترتب على ذلك غرش صحيح.

قال في الدروس ، ولوتشرد أحد الشريكين دون الاخر بالقسمة أجبرغير المتضرد بطلب الاجردون المكس ، وفي المبسوط لايجبر أحدهما لتضرد الطالب، وهو أحسن ، ان فسر التضرد بعدم الانتفاع ، وان فسر بنقس القيمة فالاول أحسن، ومذلك يظهر أن في المسألة أقو الا ثلاثة .

ثالثها التفسيل الذى استحسنه شيخنا المذكور وهوجيد، ولو اتفقا على القسمة مع تضمنها الضر وكالجوهر والسيف والعنايدالضيقة (١) فقد سرح المحقق في هذا الكتاب بانه لا يجوز قسمتها ، والمفهوم من كلام غيره أن القسمة المشتملة على ضر دلا يجبر الممتنع عليها لكنها تصع بالتراضى والا تفاق عليها ، مع أنه في كتاب القضاء من الشرايع فسر المنر وبنقس القيمة ، فحكمه هنا بعدم الجواذ مع تفسير المنر و بما ذكره مشكل ، فان مجرد نقس القيمة لا يبلغ حد المنع .

تم لوفس الضردبعدم الانتفاع أمكن من حيث استلزامها تضييع المالبغير عوض، فانه اذالم ينتفع بالاجزاء فلافائدة في القسمة ، بل هو محض اتلاف وهو منهى عنه .

ثم انه في كل موضع يتوقف القسمة على البجر ، فالظاهرأن المجبر هو المحاكم الشرعي أوأمينه ، والظاهرأن مع تعذرهما فعدول المؤمنين كما هو في سايس المصبيات التي يتعذر ارجاعها الى الحاكم: و الاحوط العدلان ، و في

⁽١) قال في القاموس: واعضاد الحوض وغيره ما يشد حواليه من البناء، ولم أقف في كلام أهل اللغة على معنى يناسب ما ذكروه بعد فان دخول القسمة فيماكان هكذا لا يخلو من تعسف و ظاهر كلامهم أن العضائد عبارة عن أماكن ضيقة تتضرر بالقسمة واقد العالم منه رحمه الله .

وفي الأكتفاء بالواحد احتمال قوى .

الثالثة ـ لا يخفى أن متساوى الاجزاء وهـ والمثلى الذى يصدق على قليله و كثيره اسم الكل، وأجزاقه متساوية فى ذلك، ولاتفاوت بينها غالباً كالحبوب والادهان تفسم قسمة اجبادعلى جميع الاقوال الثلاثة المتقدمة، اذلا ضربالقسمة فيتحقق فيها قسمة الاجباد مطلقا، فان تراضيا بالقسمة والأأجبر الممتنع، كذا صرحوا به من غير خلاف يعرف.

قال في المسالك: ومثله الثياب المتعددة المتحدة في الجنس التي يمكن تعديلها بالقيمة ، وكذا الحيوان والعبد على الاقوى ، وظاهر المحقق الاددبيلي المناقشة هنا قال بعد ذكرذلك؛ وفيه تأمل ، انقديكون المقسوم يسيراً بحيث لوقسم لم يبق لكل قسم أولبعضه قيمة أصلا ، أوينقس نقصاناً فاحشاً بخلاف مالو بيع جميعاً يجعل لكل واحد من الشركاء من القيمه ماينتفع به ، وهوغير بعيد .

أقول: بل الظاهر بعده: لان الاحكام الشرعية انماتيني على الافراد الكثيرة المتعادفة بين الناس دون الفروض الشافة النادرة التي لاتكادتو جد الافرضا، و أما غير متساوى الاجزاء وهو القيمي كالثياب والحيوان والعبيد، فانه لا بدفيه من تقويم وتعديل، فان حصل التساوى على وجه يقتضيه النظر من غير رد فائه يقسم كذلك، ولكنه في هذم المسورة يجرى فيه الاجباد كما أشاد اليه شيخنا في المسالك في العبارة المتقدمة. بقوله دعلى الاقوى،

وان لم يحصل التساوى فلابدأن يضم اليه بعض الدراهم أو العروض معايقا بل به السهم الآخر ، فيقسم قسمة تراض ، والقسمة في هذه الصورة يعبر عنها بقسمة السرد لايدخلها الاجبار ، فلايعبر الممتنع ، بل انما تصح مع التراضى ، لانها مشتملة على معاوضة وبمنز لة البيع جزء من المال بذلك المضاف الى المال الاول ، فلابد من الرضاحينية .

الرابعة - متى حصلت القسمة والتميزيين السهام سواء كانت القسمة اجبارية،

أوقسمة رد بحيث عدلت السهامعلى ما يقتضية القسمه ، فلابدللتعيين بحيث يصير كل سهم ملكاً لمالك من أوائك الشركاء من القرعة ، وبها يصير ملكاله ، لا ينجوز التصرف فيه الاباذنه ، كساير أملاكه .

والظاهر كما سرح به المحقق الاردبيلي ـ انه بعد خروج القرعة لا يحتاج اللي رضاء الشريك مرة أخرى ، زيادة على الرضاء باصل القسمة ان كانت قسمة رد ، لأن القرعة قداخر جت للتعيين ، وقد تعين بها مال كل واحد منهما ، وقيل انه ان كانت القسمة اجبارية ، فائه لا يحتاج الى الرضا بعد القرعة ، وان كانت قسمة رد ، فان كان القاسم منصوباً من الامام فكذلك أيضاً ، (١) وان كانت القسمة والقرعة انما حصلت من المتقاسمين توقفت على تراضيهما بعدها ، لاشتمالها على المعاوضة ، فلابد من لفظ يدل عليها ، وأقله ما يدل على الرضا ، و نقل ذلك عن الشيخ على في شرح القواعد ، وبه صرح في المسالك أيضاً ، وهو ظاهر العلامة أيضاً ، بل الظاهر أنه المشهور .

ورده المحقق المتقدم ذكره ، بأن الرضى الاول كاف ، والقرعة والتعديل بأنفسهما قديكفيان ، على أن منصوب الامام ليس بوكيل للشريك حتى يقبل له، فانه منصوب للقسمة والقرعة فقط ، على أن القسمته مطلقا معاوضة كما صرح به الشهيد الثانى فى شرح الشرايع ، ثم قال : كأن هذا القائل نظر الى ماذكرناه من أصل بقاء الملك على ملك مالكه ، وبقائه على الاشتراك ، وعدم خروج شىء عن ملك أحدهم ، والدخول فى ملك آخر حتى يتحقق الدليل ، و مع الرضا بعدها أوالقرعة من قاسم الامام ناقل بالاجماع ، والباقى غير ظاهر كونه ناقلا حتى يتحقق ، ويمكن أن يقال : القرعة مع الرضى الاول ناقل فتأمل .

واعلم ان الظاهر أن القرعة والرضا ثانياً انماهو محتاج اليه للتملك، بحيث لا يجوز لاحد العدول عنه ، والا الظاهر أنه يكفى الرضا بأخذ كل واحد قسماً بعد التعديل

⁽١) قال في الشرايع في كتاب القضاء والمنصوب من قبل الامام بمعنى قسمته بنفس القرعة ولايشترط دضاهما بعدها و في غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعة و في هذا اشكال من حيث ان القرعة وسيلة الى تعيين الحق وقدقاد نها الرضا . انتهى منه دخمه الله .

بالرضا ، فانه اذا رضى أن يأخذ عوض ماله من حصة الاخر من ماله ، الظاهر أن له ذلك ، وهومسلط ، على ماله ، فله أن يفعل مايريدالاالممنوع ، ولامنع هنا ، لان الظاهر أنه تجارة عن تراض أيضاً ، وأكل مال الغير بطيب نفس منه .

والظاهرأته وان لم يكن مملكافلا كلام في جواذ التصرف فيه تصرف الملاك، مثل مافيل في العطايا والهدايا والتحف، ويحتمل أن يكون تصرفاً بعقد باطل، فيكون حراماً وهو بعيد جداً، وعمل المسلمين على غير ذلك، بل على الملك فتأمل انتهى كلامه، وهو جيد وجيه.

وأنت خبير بأن أحداً من الاصحاب لم ينقل في هذا المقام خبراً ولادليلا على شيء من هذه الاحكام ، بلغاية ما يستدلون به أمود اعتبادية ، مع أن هنا جملة من الاخباد يمكن الاستناد اليها في بعض هذه الاحكام.

والذى وقفت عليه مما يتعلق بما نحن فيه رواية غياث (١) دعن جعفر عن أبيه عن آباته عن على المالم في المالم في المالم في عن على المالم في ال

و بهذا المضمون رواية أبى حمزة الثمالى (٢) عن أبى جعفر عليه السلام ورواية محمد بن مسلم (٣) عن داحد هما عليه ما السلام وصحيحة معاوية بن عماد (٤) و رواية سليمان بن خالد (١) و المتبادر من هـنه الروايات ان الاقتسام انما وقعمن الشركاء بمجرد تميز سهام كل واحد

⁽۱) التهذيب ج ٦ ص ٢١٢ ح ٥ الفقيه ج ٣ ص ٥٥ ح ١ الوسائل ج ١٣ ص ١٥٩ .

⁽۲) و(۳) و(٤) و(٥) الوسائل ج ١٣ باب عدم قسمة المدين المشترك قبل قبضه ص ١٧٩ وص ١٨٠ ح ١٩٦.

⁽٦) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ١١٦ ح ١

من ذلك المال المشترك الموجود بايديهم ، مثلياً كان ذلك المال أوقيمياً بعد تعديله كما تقدم ، من غير توقف على قاسم من جهة الامام ، ولاقرعة فى البين بأن رضى كل منهم بعد تساوى السهام بنقل حصته ، مما فى يدشر يكه بحصة شريكه مما فى يده ، وكذلك قسمة ما فى الذمم ممالم يكن فى أيديهما ، الأأنه (ع) أطل قسمة الغائب .

وبالجملة فانى لم أقف في الاخبار على ما ذكروه من القرعة ، و القاسم من جهة الامام، بل ظاهرها كماتري هوالصحة من تراضيهما بما يقتسمانه، وهومؤيد لما تقدم نقله عن شيخنا الشهيدالثاني من أن القسمة مطلقا معاوضة ، و ما ذكره المحقق المذكور من قوله ، والا الظاهرأنه يكفي الرضا بأخذكل واحد قسماً بعد التعديل ،الي آخره فان هذا هو ظاهر هذه الاخبار ، فان قيل: ان غاية مايدل عليه هذه الاخبار انهما اقتسما فيمكن حمله على القسمة التي ذكرها الاصحاب ، كما تقدم من حضور القاسم من جهة الامام والقرعة ، وحكم المثلى و القيمي _ قلنا : هذا فرع تبوت هذه المذكورات في الأخبار ، والا فالمتبادر الما هوما قلناه من تمييز المصص والسهام بعضها عن بعض منأولتك الشركاء ، لامن شخص آخس ، و هو ظاهر الاخبار ، حيث نسب الاقتسام الى الشريكين ، والاصحاب قدة كرواالقسمة في هذا الكتاب ، وفي كتاب القضاء، وذكروا لها أحكاماً عديدة لم نقف لها على أثر في الاخبار في كل من الموضعين المذكورين ، والقرعة قدوردت بها الاخبارني جملة من الموارد ، ولم يذكر فيها هذا الموسّع الذي ذكروه هنا ، وغايةمايدل عليه عمومات بعض أخبارها التوقف عليها في موضم النزاع، مثل قول الصادق (عليه السلام) فيما رواه الصدوق (١): وما تقارع قوم فغوضوا أمرهماليالله تعالى الاخرج سهمالمحق ، وأما معالتراضي فلاأثر في الاخبار لاعتبارها والتوقف عليها ، وكأنه بسبب التراضي بكون مــن

⁽۱) الفقيه ج ٣ ص ٢ه ح ٣ ، الوسائل ج ١٨٨ ح ٦

فبيل السلح في هذه المعاوضة ، كماورد في صحيحة محمد بن مسلم (١) عن احدهما (عليهما السلام) انه قال : في رجلين كان لكلو احدمنهما طعام عندصاحبه ، ولا يدرى كل واحد منهما لصاحبه : لك ماعندك ولى ما عندى ، فقال : لا بأس بذلك اذا تراضيا ، وطابت أنفسهما » .

نعم لولم يحصل التراضى بعد تعديل القسمة أمكن القول بالقرعة ، لهذا الخبر ونحوم ، وبالجملة فان القسمة وما ذكر فيها من الاحكام غير موجود في كلام متقدمي علمائنا الاعلام ، ولاأخبار أهل الذكر ، عليهم السلام .

والذى يغلب على الظن القاصر أن الشيخ ومن تبعه من الاصحاب قد تبعوا في هذه المقامات العامة حيث أطالوا البحث عن ذلك في كتبهم بهذه الفروع التي ذكرها الاصحاب اختلافا واتفاقا ، ولا يخفي على الخائض في الفن والناظر في كتب المتقدمين المفسودة على الاخبار ، وأنه لم يقع التغريع في الاحكام ، وكثرة الفروع في المسألة الواحدة ، سيما في هذا الباب الا من الشيخ وتبعه من تأخر عنه ، وكلها من كتب العامة ، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك أيضاً والته العالم .

النخامسة ـ قد صرح الاصحاب بأنه لا يصح قسمة الوقف بأن يأخذ كل واحد من الشركاء فيه بعضاً ويتصرف فيه على حدة وتفصيل هذا الاجمال أن يقال: انه متى كان الواقف واحداً أومتعدداً والموقوف عليه متعدداً كأن يقف زيد داره على ذريته من الموجودين وما تناسل منهم وقفا مؤبدا مشتملا على شرائط المسحة واللزوم، أويكون نسف الدارلزيد، و نسفها لعمرو، فيقف كل منهما حسته على تلك الذرية مثلا، فانه في هذه السورة لا يجوز للموقوف عليهم قسمة الوقف، لانه اولا على خلاف وضع الواقف والموقوف على ما وقفت عليه، كما ورد

⁽۱) التهذيب جدص٠٦٠ ٢ ح١، الكاني جه ص٨٥٧ ح٢، الرسائل ج١٣ ص١٦٥ ح١٠

به النص . (١)

وثانياً أن الوقف ليس ملكا لاولئك الموجودين الان ، لمشاركة البطون الاخر لهم في ذلك .

وثالثاً ان الحق يتغير بزيادة البطون ونقصانها، فربما استحق بعض بطون المتقاسمين أكثر مما ظهر بالقسمة ، لمورثهم وبالعكس ، وأما لوتعدد الواقف والموقوف عليه بأن كانت الداد مشتر كةبين زيد وعمر و أنسافا ، فوقف زيد سفه على ذريته ووقف عمر و نصفه على ذريته ، فانه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين قسمة هذا الوقف ، بأن يميز وا أحد الوقفين عن الاخر ، ومتى كان جزء من المال وقفا ، وجزء منه ملكا ، كبيت مثلا نسفه وقف ، ونسفه ملك ، فانه يجوز قسمته ، وتميز الملك من الوقف ، ويكون ناظر الوقف بمنز لة الشريك يتولى المقاسمة مم المالك .

قال في المسالك: هذا اذا لم تشتمل على رد، أواشتملت وكان الردمن الموقوف عليه ، لانه زيادة في الوقف ، فلوانعكس لم يصح ، لانه كبيع جزء من الوقف ، ثم على تقدير الرد من الموقوف عليه ، هل يصير جميع حصته وقفا ؟ أم يكون ما قابل الرد من الحصة ملكاك ، لانه معاوض عليها ، احتمالان ، والثاني أوجه .

⁽١) أقول: وتوضيحه أنه اذا وقف على ذديته على السوية ما تناسلوا بطناً بعد بطن فاتفى أن البطن الأولكان اثنين فانهم يقتسمون الحاصل أنصافاً، ولوكان البطن الثانى ثلاثة، فانهم يقتسمونه أثلاثاً وهكذا، فلوأن أصحاب البطن الاول اقتسموا الوقف أنصافاً ثم اتفى أن ورثة أحدهماكان اثنين و ورثة الاخر واحداً فان هذين الاثنين يستحقان ثلثا الموقف بالنظر الى وقف المواقف، وانكان مورثهم انما يستحق النصف وذلك الواحد بالنظر الى ماذكرنا انما يستحق الثلث وانكان مورثه يستحق النصف وعلى هذه الصورة فقس ، منه وحمهاقة .

نهم لوكان في مقابلة الرد وصف محض كالجودة كان الجميع وقفا، لعدم قبوله الانفصال، ولافرق في جواز قسمة الوقف من الطلق بين كون الجميع لواحد، أومختلف. انتهى.

السادسة قد صرح غير واحد منهم بأنه يستحب الامام (عليه السلام) نصب قاسم ويشترط عدالته ومعرفته بالحساب ، وقيل : بل ينبغى ذلك للحاكم مطلقا، وقال في الدروس : يستحب للقاضى نصب قاسم كامل مؤمن عاقل عادف بالحساب ولوكان عبداً ، ولا يراعى فيمن تراض به الخصمان دلك . انتهى ، و علله بعنهم باحتياج الناس اليه ، اذقد يحصل الرضا في التعديل بقول بعنهم بعنا ولا يعرفون ذلك خصوصاً في قسمة الرد ودليل اشتراط عدالته الوثوق بقوله ، و أما معرفته للحساب ، فلابد منها بمقداد ما يحتاج اليه في القسمة ، وانه لا يكفى الواحد في قسمة الرد الا مع الرضا ، لانه يحتاج فيها الى التعديل في القسمة حتى يتساوى الاقسام ، بأن يقوم تلك العروض المراد قسمتها ، وهل المراد بقسمة الرد هي ما اشتملت على رد من أحد الطرفين دراهم أوعروضا في مقابلة الزيادة من الطرف الاخر أو ما هو أعم من ذلك و مسن التعديل والتسوية بين الاقسام ! وان لسم يحتج الى رد .

وبالجملة المراد بقسمة الرد التعديل، لاالرد الحقيقي، قولان. والاول منقولَ عن الدروس، وبالثاني سرح المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه).

أقول: ويؤيد الاول قولهم أنه يقسم ما اشتمل على الرد قسمة تراض ، وكيف كان فالاحتياج الى العدلين، وعدم الاكتفاء بالواحد لان القسمة يتوقف على التقويم ، فلابدسن مقومين عدلين ،ليكونا حجة شرعية ، ولانه لا يحصل الوثوق بحيث يلزم الابقولهما ، هذا اذالم يتراضيا بينهما بالقسمة بأنفسهما أوبشخص يتفقان عليه ،عدل اوغير عدل ، لان الرضاسيد الاحكام كماقيل .

قالوا: وأجرة القسَّام من بيت المال، لانهموضوع لمصالح العامة، و لولم

يكن فيه شيء أولم يكن ثمة بيت عال فمن مال الشركاء ، لانه لمصالحهم فهو كالكيال والوزان لهما ، وينبغى أن يكون ذلك بالمحصص بينهم ، بأن يقسم أجرة المثل على المحصص ، فيعطى كل بنسبة ماله .

أقول: لا ينحقى أنه لاوجود لهذه الاحكام فى الاخبار كما أشرنا اليه آنفا، وانكان بعنها يمكن استثباطه، وعمومات الاخبارفى غيرهذا المقام يأتى إنشاءالله فى كتاب القمناء، وفق الله تعالى للوصول اليه.

الفصل الثالث في لواحق هذاالباب:

وفيه أيضاً مسائل: الافلى - المشهور بين الاصحاب أنه اذا باع الشريكان المتاع صفقة بثمن معلوم ثم استوفى أحدهما من المشترى شيئا من الثمن، فانه يشاركه فيه الاخر، واحترزوا بقولهم صفقة عما اذا باع كل منهمانسيبه بعقد على حدة، فانهما لايشتركان فيما يقتضيه أحدهما اجماعاً.

والاصحاب فرضوا هذا الحكم فى بيع الشريكين المتاع صفقة ، لمناسبة باب الشركة ، والافهويبجرى أيضاً فيمالوكان سبب الشركة ميراثاً وفحوه ، و لم ينقل الخلاف فى هذه المسئلة الاعن ابن ادريس ، فانه منع من الشركة فيما يقتضيه أحدهما لنفسه من ذلك المال المشترك ، وحكم به لقابضه .

قال: واذاكان بينهماشي فباعاه بنمن معلوم كان لكلمنها ان يطالب المشترى بحقه ، فاذا أخذ حقه شاركه فيه صاحبه على ما قدمناه ، لان المال الذى في نمة المشترى غير متميز ، فكل جزء يعصل من جهته ، فهو شركة بعد بينهما على ما ذكره شيخنا في نهايته ، دوالذى يفتضيه أصول مذهبناأن كل واحد من الشريكين يستحق على المدين قدراً مخصوصاً وحقاً غير حق شريكه ، وله هبة الغريم ، وابراه منه ، فمتى أبره أحدهما من حقه برء منه فقط ، وبقى حق الاخرالذى لم يبره منه فقط بلاخلاف ، فاذا استوفاه وتقاضاه منه لم يشادكه شريكه الذى وهب ، أو

أبرأ أوصالح منه على شيء بلاخلاف.

فانكان شريكه بعدفي المال الذي في ذمة الغريم، لكان في هذه الصور كلها يشارك من لم يهب و لم يبر افيما، يستوفيه منه ويقبضه، ثمان عين المال الذي كان شركة بينهما ذهبت ولم يستحقا في نعة الغريم الذي هو المديسن عيناً لهما معينة ، بل ديناً في ذمته لكل واحد منهما مطالبة نسيبه ، وابراء نمته و هبته ، و اذا أخذم وتقاضاه فما أخذ عينا من أعيان الشركة حتى يقاسمه شريكه فيها، ولم يذهب الى ذلك سوى شخناأ بي جعفر الطوسي في نهايته ، ومن قلد ، و تابعه ، بل شيخنا المفيد محمد بن محمد بن النعمان لميذكرذلك في كتابله ولاتسنيف ، وكذلك السيدالمرتسى، ولاتعرضا للمسألة ، ولاوصفها أحد من أصحابنا المتقدمين في تسنيف لـ جملة ، ولاذكرها أحد من القميين ، وانما ذكرذلك شيخنا في نهايته من طريق أخبار الاحاد أورد ثلاثة أخباراحدها مرسل، وعندمن يعمل بأخبار الاحاد لا يلتغت المه، ولوسلم الخبرانالاخران تسليم جدل ، لكان لهما وجه صحيح يستمر على أصول المذهب والاعتبار ، وهو أن المال الذي هو الدين كان على رجلين ، فأخذ أحد الشريكين وتقاضا جميع ماعلى أحدالر جلين فالواجب عليه هناأن يقاسم شريكه على نصف ما أخذه منه ، لانه أخذ ما يستحقه عليه و ما يستحقه شريكه أيضاً عليه ، لان جميع ماعلى أحدالمدينين لايستحقه أحدالشريكين بانفراده ، دون شريكه الاخر، فهذا وجه صحيح ، فيحمل الخبران على ذلك اذا أحسنا الظن براديهما ، فليتأمل ذلك ، وينظر بعين الفكر الصافي ففيه غموض . انتهى .

وملخص استدلاله يرجع الى دليلين ،أحدهما أن لكل واحدمن الشريكين أن يبرء الغريم من حقه ، ويهبه له و بصالح على شىء منه دون الاخر ، و متى أبرأه برء من حقه ، وانبقى حق الاخر ، وكذا اذاوهب أوصالح ، فكما لايشارك من وهب أو صالح لشريك الاخر اذاستوفى حقه ، فكذلك لايشار كه هولو استوفى حقه .

وثانيهما أن متعلق الشركة بينهماكان هو العين وقدذهبت ، ولم يبق عوضها

الادين في نمته ، فاذاأخذ أحدهماحقهمنه لم يكن قدأخذعيناً من أعيان الشركة ، بل من أمر كلى في نمته لايتعين الابقيض المالك أووكيله ، وهنا ليسكذلك ، لانه انما قيض لنفسه .

أقول: فيه أولا أن ماذكره من الدليل الاول ظاهر البطلان ، اذلاملازمة مين الامرين ، بل الفرقبين الحالين ظاهر ، فانه في صورة الابراء أوالهبة أوالسلح قدبرئت ذمة الغريم من مال الشريك الذى أبرأه ، أووهبه أوسالحه ، ولم يبق في نمته الاحصة الشريك الاخر ، فكيف يشاركه فيما استوفاه ، وهولم يستحق شيئا بالكلية بل صاركالاجنبي ، بخلاف مالولم يقع شيء من هذه الثلاثة ، و بقى المال المشترك في ذمة الغريم ، كما هو محل البحث ، فاذا دفع شيئا والحال هذه فانما دفع عمافي ذمته من المال المشترك ، فلا المشترك ، فلا

وثانيا أن ما ذكره في الدليل الثاني فهو وجه عقلي لا يسمع في مقابلة النصوص الصريحة الصحيحة ، فانها اجتهاد بحت في مقابلة النصوص ، و هوعلى قاعدته المنهدمة و طريقته المنخرمة من عدم العمل باخبار الاحاد جيد أما عند من لا يقول بقوله ، بل يعمل بهافلاوجه لهذا التعليل في مقابلتها، وأما ما يفهم من المسالك من الميل الى ماذهب اليه ابن ادريس ، تعسكاً بما ذكره في الدليل الثاني حيث أيده وشيده بوجوه أطال بذكرها، وطعن في أخبار المسئلة حيث قالد انها قاصرة عن الاستدلال بهالارسال بعنها، وضعف الاخر وعدم صراحة المطلوب في بعنها ،

ففيه أن الكلام معه في هذاالمقامير جع الى الاستدلال بالاخبادالمذكورة، وبيان صحتها وصراحتها في المدعى ، فالواجب ذكرها هنا وبيان ما يدل عليه، وان كنا قدقدمناهافي كتاب الدين من المجلدالمتقدم .

فنقول من الاخبار المذكورة ، مارواه الشيخ والصدوق في الصحيح عن

سليمان بن خالد (١) دقال : سألت أباعبدالله (عليهالسلام) عن رجلين كان لهما مال منه بأيديهما ومنه متفرق عنهما ، فاقتسما بالسوية ماكان في أيديهما وماكان غائبا عنهما ، فهلك نصيب أحدهما مماكان عنه غائبا ، و استوفى الاخر أيرد على صاحبه؟ قال : نعم مايذهب ماله» .

ومادواه الشيخ في الموثق عن عبدالله بن سنان (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) دقال : سألته عن رجلين بينهما مال ، منه دين ومنه عين فاقتسما العين والدين ، فتوى الذى كان لاحدهما من الدين أوبعضه ، وخرج الذى للاخر أيرد على صاحبه، قال : نعم ما يذهب بماله » .

وعن أبى حمزة (٣) « قال : سئل أبو جمغر (عليه السلام) عن دجلين بينهما مال ، منه بأيديهما ، وأحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب ، فاقتضى أحدهما ولم يقتض الآخر قال : ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ، ما يذهب بماله ؟ ،

ومثل ذلك رواية غياث (٤) عن جعفر عن أبيه عن على (عليهمالسلام)، وموثقة محمد بن مسلم (٩) عن أحدهما ، وموثقة معاوية بن عماد (٦) عن أبى عبدالله عليهالسلام ، ولايخفى على المتأمل المنصف أنه لامجال للطعن فى هذه الاخباد ، وبعد ضم بعضهاالى بعض ، فانهم فى كثير منالاحكام يعتمدون على خبر واحد ضعيف باصطلاحهم مدع جبره بالشهرة فكيف بهذه الاخباد على تعددها و شهرة القبول بها ، اذلامخالف فى ذلك سوى ابن ادريس ، و وجود الصحيح

⁽١) الفقيه ج٣ص٢٢ ح١، التهذيب ج٦ ص٧٠ ٢ ح٨، الوسائل ج١١ص١١١ ب١٠

⁽٢) و(٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨٦ ح ٧ . وص ١٨٥ ح ١ .

⁽٤) الفقيه ج٣ ص ٥٥ ح ١ ، التهذيب ج ٦ ص ٢١٢ ح ٥ .

⁽٥) و(١) التهذيب ٢٨٦ ص ١٨٦ ح ١٥٠ ، وهذه الروايات في الوسائل ج١٣ ص ١٧٩ و ١٨٠

باصطلاحهم فيها وبه يظهر أن المناقشة فيهامن حيث السند واهية لايلتفتاليها هذا مع تسليم العمل بهذا الاصطلاح المحدث ، والافالامر أهون من ذلك ، كما تقدم تحقيقه في جلد كتاب الطهارة من الكتاب .

وأما من حيث الدلالة فهى دالة بعمومها على جريان الحكم المذكورفى الدين مطلقا ، اتحدالمديون أوتعدد ، وتخصيصها كما ادعامابن ادريس فيماقدمنا نقله عنه بما اذاكان الدين على دجلين الى آخر ما ذكره يحتاج الى مخصص من الاخبار فليس ، وبه يظهر مافى المناقشة فى الدلالة بأنها غير صريحة فى المطلوب، كما ذكره شيخنا المتقدم ذكره ، ولوتم ماذكره لبطل الاستدلال بالعمومات ، وهو خلاف ماعليه جميع العلماء الاعلام، وأرباب النقض والابرام ، وغاية ماتعلق به فى دليله الثانى أن متعلق الشركة انما هو العين وقدفات فاذا اخذ احد حقه لم يكن قد أخذ عيناً من الاعيان المشتركة ، بل من أمركلى الى آخر ماذكره .

وفيه أنه ما المانع من جعل الثمن مشتر كاكالعين ، اذاافتضته الادلة الشرعية ، بحيث يترتب عليه ما يترتب عليها ، وأى وجه قبح في ذلك ، فكل جزء يحصل من ذلك ، فهو بينهما كما أن الامر في العين كذلك .

وبالجملة فان الخروج عن ظواهر الاخباد بمجرد هذا الاعتباد مقابلة للنس بالاجتهاد، وفيه خروج عن جادة السداد. و أماقوله ان هذه المسألة لم يتعرض لها أحد من المتقدمين، ففيه أولا أن عدم التعرض لها والغفلة عنها لايوجب عدم القول بها، مع قيام الدليل عليها، وكمقد غفل المتقدمون عن جملة من الاحكام، وبه عليه المتأخرون، بل المتأخرون ونبه عليها متأخروا لمتأخرين.

وثانيا أن جل المتقدمين لم يصنفوا في فروع الاحكام ويبسطوا القول فيها، والتغريم والبحث عنها ، وانماكانوا يذكرون الاخباد المتعلقة بالاحكام ، و هذه الطريقة كما اشر نااليه آنفا، انما كان مبدؤها من الشيخ ، على أن الصدوق قدنقل في الفقيه صحيحة سليمان بن خالد المذكورة ، و هو يؤذن بقوله بمضونها ، بناء

على قاعدته المذكورة في كتاب، والاصحاب انما ينسبون اليه الاقوال باعتبار ذلك ، فهو حينتُذ من جملة القائلين بالقول المشهور .

وابن البعنيد قدس آيضاً بذلك ، وهومن المتقدمين على الشيخ فانه قال: لو أقتسم الشريكان وكان بعض المال في أيديهما وبعضه غائبا عنهما فاقتسما الذى بأيديهما ، و اختار كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فقبض أحدهما، و لم يقبض الاخر فما قبض من المال بينهما . انتهى .

اذا عرفت ذلك فاعلم:أنفى المقام اشكالا و ذلك أن مقتضى كلام الاصحاب فى هذه المسألة أن الدين لايقبل القسمة ، و أن كل ماخرجمنه فهو مشترك سواء كان فى ذمة واحدة أوذمم متعددة ، وقضية الحكم بالاشتراك برائة الغريم من حصة الشريك الاخرالذى لم يقبض من ذلك المدفوع لاستحالة بقاء الدين فى الذمة مع صحة قبض عوضه ، وأنه لوتلف فى يدالقابض يكون التالف بينهما كلا أو بعضا ، لان الحق الكلى المشترك الذى كان فى الذمة تعين بالقبض فى المأخوذ ، فهو لهما فلا يجوز لاحد هما التصرف فيه ، الا باذن الاخر .

و هذا هوظاهر الاخباد المتقدمة ، والاصحاب لايقولون بذلك في الموضعين المذكورين ، فانهم سرحوا بالنسبة الى الاول بأنه مخير في الرجوع على الشريك أو الغريم ، وبالنسبة الى الثانى أن التالف يكون من القابض خاصة لا يرجع على الشريك بشيء منه .

قال فى التذكرة: لا يصحقه ما فى الذمم الى أن قال: فلو تفاسما ثم توى بعض المال رجع من توى ماله على من لم يتو، وقال فى موضع آخر: لوكان لرجلين دين بسبب واحد، اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره فقبض أحد هما منه شيئًا فللاخر مشاركته فيه، وهو ظاهر مذهب احمد بن حنبل، لما تقدم فى المسألة السابقة فى رواية معاوية بن عمار، ولان تمليك القابض ما قبضه يقتضى قسمة الدين فى الذمة من غير رضاء الشريك، وهو باطل، فوجب أن يكون المأخوذ

لهما ، والباقى بينهما ، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه ، سواء كانباقياً في يده أو أخرجه عنها ، وله أن يرجع على الغريم ، لان الحق ثابت في ذمته لهما على وجه سواء ، فليس له تسليم حق أحدهما الى الاخر ، فان أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشىء ، لان حقه ثابت في احد المحلين ، فاذا اختار أحدهما سقط حقه من الاخر ، وليس للقابض منعه من الغريم ، بأن يقول : انما أعطيك تصف ما قبضت ، بل الخيرة له من أيهما شاء قبض ، وان هلك المقبوض في بد القابض تعين حقه فيه ، ولم يضمنه الشريك ، لانه قدر حقه فيها تعدى بالقبض ، وانها كان لشريكه مشاركته ، لثبوته في الاصل مشتركا ، ولوأبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه برء ، لانه بمنزلة قبضه ، وليس للشريك الرجوع عليه بشىء ، لانه لم يقبض شيئاً من حق الشريك انتهى .

وحو ظاهر فيما قدمنا نقله عنهم مع ورودما ذكرناه عليه .

وينزيده بياناً أنه لا يخلوالامر في هذا المقبوض ، اما أن يتعين كونه من الدين المشترك الذى في الذمة ، وحينتُذ فيترتب عليه ما يترتب على المشترك من أنه لو تلف كان من الجميع ، وعدم الرجوع على الغريم بحسته من ذلك لان الحق المشترك قد تعين ، وانحصر في المأخوذ ، وأنه لا يجوز للشريك التسرف فيه الاباذن الاخر .

واما أن لايتمين كونه منه ، فانه يكون باقياً على ملك الغريم ، ولايتمين حق القابض فيه ، فضلا عن الشريك الاخرو هم لايقولون بذلك ، أويتمين كون الكل حقه ، كما يدل عليه قولهم أنه لوتلف في يده تمين حقه فيه ، ولم يضمنه الشريك ، فلا وجه لرجو الشريك عليه ، وكونه شريك اله فيه ، ولا مشى لقولهم: «أن الدين غير قابل للقسمة».

وبالبحملة: فان كلامه هنالا يخلو من تدافع و تناقض، و توضيحه زيادة على ماعرفت أن قوله: «يقتضى قسمة الدين فتى الذمة من غير دضى الشريك وهوباطل يعطى أتهمم الرضاء صحيح ، وهم لا يقولون بذلك ، وقوله: «فوجب أن يكون المأخوذ لهما ،

والباقى بينهما عربح فى الشركة ، وكذاقوله: درجع من توى ماله على من لم يتو ، وحينت فيجب أن يتر تب عليه ماذكرناه من عدمالرجوع على الغريم وكان التالف منهما ، و قوله: « فليس له تسليم حق أحدهما الى الاخر ، ظاهر فى عدم تعين حق للشريك الاخر فى ذلك المقبوض ، وكذا قوله: « تعدى بالقبض ، مع أنه لا خلاف فى التشريك .

ويمكن الجواب عن الاشكال المذكور وما يترتب عليه من هذه الامور ، بأن يقال : ان الحكم بأن ما خرج فهو مشترك بينهما _ يجرى فيه ما يجرى في المشتركات _ ليس على اطلاقه ، اللازم منه تعين حق الشريك في ذلك المقبوض من حيث الشركة .

و كذا قولهم : « ان الدين المشتر كلايقبل القسمة ، ليس على اطلاقه ، بل المراد أنه اذا طالب أحدا لشريكين بحقه فلاشبهة فى استحقاقه ذلك ، ومن شم اجمعوا على أن له المطالبة منفرداً ، فاذا دفع له المديون شيئا من المال المشترك على أن يكون حقه وحصته ، فللشريك الاخر اجازة ذلك والرضاء به ، فيكون شريكاً له فيه ، وأن لايرضا به ولايجيزه ، فيكون حقه باقيافى ذمة المديون، ومن هنا قالوا : بالتخييريين الرجوع على الشريك ، أو الرجوع على المديون ، وأنه مع التلفيكون على القابض خاصة، دون الشريك ، يعنى من حيث عدم الاجازة والرضاء بذلك ، وأن حقه رجع الى ذمة المديون، وأما قولهم : وأن الدين المشترك لا يقبل القسمة ، فالمراد أنه لا يقبل القسمة مع استلزامها فوات حق أحد الشريكين ، والا فالقسمة فيه جائزة مفيدة للملك في الجملة ، الأأن لزومها متوقف على حصول حسة كل من الشريكين بيده أويد وكيله ، فلوتر اضيا بالقسمة صحت بشرط وصول كل حق الى مستحقه أو بمعنى أن ماحصل فلهما وماتوى فعليهما .

ألا ترى أن الاخبار المتقدمة كلها متفقة في أنه بعد القسمة ان توى مال أحدهماوخرجمال الاخررجع من لم يقبض على من قبض وأن رجوع من لم يقبض

على من قبض ، انما هو من حيث ذلك ، ولا دلالة فيها على المنع من القسمة ، مع وصول كل حق الى مستحقه ، بل ظاهرها أنه مع ذلك فالقسمة صحيحة ، فان قوله (عليه السلام) من جملتها و مايده بماله ، ظاهر ، في أنه لولم يدهب شيء من المال ، كانت صحيحة ، وحينت فلو فرضنا وقوع القسمة بغير رضاها ، بأن أخذ أحد الشريكين حصة من الغريم ، على انها حصته فقط ، فليس للشريك الاخر مزاحمته والاخذ منه لان حقه في ذمة الغريم ، وقد أعطاه حقه ، فيكون المال له الأن لزوم ذلك وصير ورته بحيث لا يزاحمه الشريك الاخر موقوف على وصول حق الشريك اليه وعدم تلغه ، وهذا الوجه أنس بالنظر الى الاخبار كماعرفت ، والاول أنسب بالنظر الى الاخبار كماعرفت ، والاول

المسئلة الثانية -قال في المختلف: اذا شارك نفسان في سقام، على أن يكون من أحدهما جمل، ومن الاخر داوية، واستقى فيها على أن ما يرتفع يكون بينهم لم يصح هذما لشركة، لان من شرطها اختلاط الاموال، وهذا لم يختلط، ولا يمكن أن يكون اجارة، لان الاجرة فيها غير معلومة، فالحاصل للسقاء، ويرجع الاخران عليه بأجرة المثل في ما لهما من جمل و داوية.

قاله ابن ادريس والشيخ أيضاً ، قال ذلك في المبسوط ، قال فيه : وقيل : يقتسمون بينهم أثلاثا ، ويكون لكل واحد منهما ثلثها ، ويكون لكل واحد منهما على صاحبه أجرة ماله على كل واحد منهما ثلثها ، ويسقط الثلث ، لان ثلث النفع حسل له ، قال الشيخ : والوجهان قريبان ، ويكون الاول على وجه السلح ، والثاني من الحكم ، وما قربه الشيخ قريب انتهى .

أقول: لاريب في بطلان الشركة المذكورة لانها مركبة من شركة الابدان وشركة الاموال مع عدم المرج، وكل منها باطل كما تقدم، ومقتضى القواعد في مثل حذاه وما ذكر أولامن أن الحاصل للسقاء ويرجع عليه الاخران بأجرة المثل.

وأما الثانى فلاوجه له، الا، أن يرجع الى أجرة المثل، فقول الشيخ أن الاول على وجه الصلح، و الثانى من الحكم لأأعرف له وجها وجيها، وتوضيح الثانى من الوجهين المذكورين أنه يقسم الحاصل بينهما ثلاثا ، فانكانت أجرة مثلهم متساوية فلابحث، وانكانت متفاضلة رجع كل واحد منهم بثلث أجرة مثله على الاخرين، مضافا الى الثلث الذى حصلله، فلوفر ش أن الحاصل كان ستة دراهم، فانهم يقتسمونها أثلاثاً لكل واحد درهمان، و كان أجرة المثل للسقاء ثلاثة دراهم، ولصاحب الراوية د: همان، ولصاحب الدابة درهم، فانه يرجع السقاء بثلث أجرته، وهو درهم على صاحب الدابة، وبثلثهما و هو درهم على صاحب الراوية فيحصل عندما وبسقدراهم، ويرجع صاحب الراوية على كلمن السقاء وصاحب الراوية فيحسل عندما وسقو درهمان وثلث درهم، ويرجع صاحب الدابة على كل من الاخرين بثلث درهم، فسار معه درهم، وحينتذ فيصير لكل واحد أجرة مثله، وهي ثلاثة للسقاء واثنان لساحب الراوية، و واحد لساحب الدابة .

قال في المسالك بعد ذكر الوجه الاولى. وهذا يتممع كون الماعملكا للسقاء أومباحاً ونوى الملك لنفسه أولم ينو شيئا ، أما لونواه لهم جميعا كان كالوكيل، والاقوى انهم يشتركون فيه ، حينتذ ويكون أجرته وأجرة الراوية والدابة عليهم أثلاثاً فيسقط عن كل واحد ثلث الاجرة المنوية اليه ، ويرجع على كل واحد بثلث انتهى .

وأنت خبير بأن ظاهر عبارةالشيخ المتقدمة هو كون محل الوجهين أمراً واحداً، وعليه جمد العلامة في نقله له، وظاهر كلامه هنا أن كلامن الوجهين مبنى على أمر غير ما بنى عليه الاخر، على انه سيأتى في المسئلة الاتية مايدل

على أن المراد مجرد هذه النية التى فرع عليها هذا الوجه لا يؤثر في الاشتراك، كما هو صريح عبارة المحقق الاتية فى تلك المسألة ، وكذا صريح عبارة الشيخ الاتية ، وظاهره الجمودعلى عبارة المحقق الاتية ، وانما نازع فى الوكيل خاصة ، ودعواه هنا أنه كالوكيل يجرى فى عبارة المحقق الاتية ، مم أنه لم يقل بذلك . والله العالم .

الثالثة: لوهاش صيداً واحتطب أوحش بنية أنه له و لغيره لم تؤثر تلك النية ، وكان بأجمعه له خاصة ، صرح به المحقق في الشرايع ، وبنحوذلك صرح الشيخ في المبسوط ، فقال : اذاأذن الرجل أن يصطاد له صيداً فاصطاد الصيدبنية أن يكون للامر دونه ، فلمن يكون هذا الصيد ؟ قيل فيه : ان ذلك بمنزلة الماء المباح اذاستسقاه السقاء بنية أن يكون بينهم ، وأن الثمن يكون له دون شريكه، فهيهنا يكون الصيد للصياددون الامر ، لانه تفرد بالحيازة ، وقيل: أنه يكون للامر لانه اصطاده بنيته ، فاعتبرت النية والاول أصح انتهى .

ومقتضى القول الثانى فيما نقله هنا أن يكون كذلك فى المسألة التى نقلناها عن المحقق، مع أنه لم ينقل ثمة خلافا، و بناءما حكموا به على أن المملك هو الحيازة، والنية لاأثر لها هنا وهومشكل، وقد نقل فى المختلف عن الشيخ فى باب احياء الموات من الكتاب المذكور أنه اذا نزل قوم موضعاً من الموات فحفروا فيه بئراً ليشربوا منها، ويسقوا بها غنمهم ومواشيهم منها مدة مقامهم، ولم يقصدوا التملك بالاحياء؛ فانهم لا يملكونها لان المحيى انما يملك بالاحياء اذا قصد تملكه به، فانه اعتبرهنا النية والقصد الى الملك، والالم يملك، وهو ظاهر فى عدم الاكتفاء بمجرد الاحياء والحيازة، وقال فى باب الشركة من المبسوط أيضاً: يجوز أن يستأجره ليحتطب له أويحش له مدة معلومة.

أقول : و هـ ذا الكلام أيضاً ظاهر في أنه لابد في صحة الحيازة ، مـن

نية التملك والالماصح الاستيجاد لان المستأجر يملكه بمجرد الحياذة فلايتصور ملك المستأجر له ، وأما اذاقلنا بتوقفه على النية ، فانه يصح الاستيجاد ، وكذا يصح التوكيل في ذلك ، لان الملك يكون تابعاً للنية ، فاذا نوى ملك غيره مع كونه نائبا عنه صح .

قال في المختلف بعد نقل هذه الاقوال عن الشيخ : و عندى في ذلك ترده وقال في المسالك ـ بعد نقل عبارة الشرايع المتقدمة الدالة على جزمه بعدم تاثير النية وأن الجميع لمن حازه خاصة : ما صورته هذا الجزم انما يعم لولم يكن وكيلا للغير في ذلك ، والااتي الاشكال الذى ذكروه من توقف ملك المباح على النية ، فا تالوقلنا بتوقفه وكان وكيلا ثبت الملك لهما ؛ ولو قلنا بعدم توقفه فني ثبوت الملك للمحيز نظر ، من حصول علة الملك و هي الحيازة ، فيثبت المعلول ، و من وجود المائع للملك وهو نية عدمه ، بل اثباته للغير انتهى . وأنت خبير بأن مقتضى ماقدمنا نقله عنه في سابق هذه المسئلة من أن السقاء لوتوى كون الماء المباح لهم جميعاً كان كالوكيل ، ينافي ما جمد عليه من جزم المصنف هنا بأنه بأجمعه للمحيز خاصة ، وأن النية لم تؤثر شيئاً حيث أنه لم

وبالجملة فان كلامه فى هذين المقامين لايخلو من نوع مدافعة ، وكيف كان فان الكلام فى هذاالمقاممبنى على الكلام فى حيازة المباح ، وأنه هل يكفى مجرد الحيازة ، أو يحتاج الى النية ، أو تكفى الحيازة مع عدم نية عدم الملك فلو نوى عدمه أثرت ولم يتم الملك ؟ أقوال ثلاثة .

وظاهر جملة من المحققين كالمحقق في الشرايع والعلامة في جملة من كتبه و منها ماتقدم في عبارة المختلف و نقل عن الشيخ أيضاً التوقف في ذلك ، وهو في محله ، لعدم الدليل الواضح على شيء من هذه الاقوال . ولا يتخفي أنهذه

المسئلة لاتعلق لها بكتاب الشركة الامن حيث هذين الفرعين المذكوريس ، والافمحلها انماهو كتاب احياء الموات و سنحقق البحث فيها بعدالوصول اليه انشاءالله تعالى . والله العالم .

الرابعة: قال المحقق: لوباع أحد الشريكين سلعة بينهما وهوو كيل فى التبض، وادعى المشترى تسليم الثمن الى البايع، وصدقه الشريك بسر المشترى من حقه، وقبلت شهادته على القابض فى النصف الآخر، وهو حصة البايع لارتفاع التهمة عنه فى ذلك القدر، ولوادعى تسليمه الى الشريك فصدقه البايع، لم يبر المشترى من شى من الثمن، لان حصة البايع لم تسلم اليه و لاالى و كيله، و الشريك منكر، فالقول قوله مع يمينه، و قيل: يقبل شهادة البايع، والمنع فى المسئلتين أشبه. انتهى.

أقول: تحقيق الكلام في هذا المقام يقع في موضعين: أحدهما مالوكانت الدعوى بين البايع من الشريكين والمشترى، وهي تنجر بالاخرة أيضاً الى الدعوى بين الشريكين كماسيظهر لك انشاء الله تعالى، فهيهنا صورتان: الاولى وقوع الدعوى بين البايع من الشريكين و المشترى، والمفروض فيها أن البايع من الشريكين وكيل من جهة الشريك الاخر في قبض الثمن، كما أنه وكيل في البيع، ففي هذه الحالة ادعى المشترى أنه دفع الثمن الى البايع، وصدقه الشريك الاخر، وأنكر البايع ذلك، فان أقام المشترى البيئة برئت ذمته من الحقين، أما من حق البايع في البينة وامامن حق الشريك الاخر فبها و بتصديقه للبايع في دعواه.

ولوكان عدلا قبلت شهادته على شريكه ؛ لأن الشهادة على الشريك مقبولة، لامانع منها ، لعدم التهمة ، لكنها انماتقبل في حصة الشريك البايع لا في الجميع المتضمن لحصة نفسه ، لتطرق التهمة فيها (١) كما يشير اليه قوله: «وقبلت شهادته

⁽١) ووجهه على ماذكروهأنه لوثبت ذلك بشهادته لطالب الشهود عليه بحقه ، وذلك جرنفع ظاهر ، فلاتقبل حينتذ للتهمة . منه رحمهالله .

على القابض في النصف الاخر، وهو حصة البايم، لارتفاع التهمة عنه في ذلك القدر.

وان لم يقم المشترى بينة بأداء الثمن كان القول قول البايع بيمينه ، لانه منكر ، وحينند فان حلف استحق أخذ نصيبه خاصة ، لاعتراف شريك ببرائة ذمة المشترى ، حيث أنه وافقه على دفع الثمن ، وأنه صاد برى الذمة ، وأن شريكه قد قبض ذلك اصالة لنفسه ، ووكالة عنه ، والوكالة قد بطلت بفعل متعلق الوكالة وهو القبض ، فليس له مشادكة الشريك فيما قبضه باليمين وانكان المال في الاصل مشتركا ، لاعترافه بأن ماقبضه شريكه ظلم ، وأن حقه انما هو في فعة شريكه البايع بالقبض الاول ، وان نكل البايع عن اليمين ددت على المشترى ، فان حلف انه أقبض الثمن جميعه انقطعت عنه المطالبة ، وان نكل (١) الزم بنصيب البايع خاصة .

قالوا: وحيث يثبت الاداء الى البايع بالبينة ، فللشريك المطالبة بحصته ، دون ما اذا ثبت ذلك بشاهد ويمين أو باليمين المردودة على المشترى ، أوبنكول البايع على القول بالقضاء به ، لأن ذلك انما يؤثر في حق المتخاصمين ، لا في حق غيرهما .

أقول: والظاهر أن السبب في ذلك من حيث اليمين ، لانها لايثبت مالا لغير الحالف كالبينة ، وعليه يتفرع النكول كما لايخفي .

الصورة الثانية : الدعوى بين الشريكين ، وقد عرفت أن الشريك البايع وكيل من جهة شريكه المدعى هنا في قبض الثمن ، وهو قد صدق المشترى في

⁽١) قال في المسالك : فان نكل يعسني المشسترى الزم نصيب البايع ان لم نقض بالنكول ، لاصالة بقاه الثمن في ذمته ، حيث لم يثبت الاداء بحصة البايع . انتهى .

أقول : والظاهر ان رد اليمين على المشترى بعد نكول البايـع مبنى على ماهو المشهور بين المتأخرين والا فانه على القول الاخر ، وهو انه متى نكل المنكر عن اليمين يقضى عليه بمجرد نكوله لايتجه الرد على المشترى . منه رحمه إلله .

قبض شريكه له، وحينت فالشريك هنايدعي على شريكه البايع حصته من الثمن، وشريكه يدعى بقاءها في ذمة المشترى لانكاره القبض منه وعلى هذا فان أقام الشريك بينة بأن شريكه البايع قد قبض الثمن من المشترى كما يدعيه رجع عليه بحقه منه، والا فالقول قول شريكه، لانه منكر القبض، فيقبل قوله مع يمينه، فان حلف انقطعت الدعوى، وان نكل أورد اليمين حلف الشريك المقر، واخذ منه حصته، ولا يرجع البايع بذلك على المشترى، لاعترافه بظلم شريكه له في فعله، وأنه لا يستحق في ذمته شيئًا، وانما حقه باق في نمة المشترى، ولان ذمة المشترى بريئة من حصته، لاعترافه بدفع ذلك الى البايع، فلايمكن أن يقال ان رجوعه عليه لكونه قد أدّى عنه ديناً في ذمته، فيرجع مه عليه

هذا كله فيما اذا تقدمت الخصومة الاولى على الثانية كما رتبناه .

اما اذا تقدمت الشانية فان الحكم كما ذكر أيضا ، الا أن الشريك المقر لاتقبل شهادته على البايع ، لسبق خصومته فيتطرق اليه التهمة .

وثانيهما: مالوكانت الدعوى بين المشترى والشريك الاذن بأن ادعى المشترى أن بعد الشراء من الشريك البايع سلم الثمن الى شريكه الاخر ، وصدقه الشريك البايع على ذلك ، والشريك المدعى عليه منكر ، فالقول قوله بيمينه ، كما هى القاعدة المتفق عليها .

وتفصيل الكلام هنا أن يقال ان البايع هنا اما أن يكون قد أذن للشريك المدعى عليه في قبض حصته من الثمن أولا وعلى التقديرين فاما أن قد أذن أيضاً لشريكه البايع في القبض أم لا ، وحينت فانكان الشريك المدعى عليه مأذونا في القبض برى المشترى من حصة البايع ، لاعترافه بقبض وكيله حيث

أنه صدق المشترى في دعواه الدفع لشريكه ، والحالأنه مأذون منه وان لم يكن مأذوناً في القبض لم يبرى المشترى من حصة البايع ، لانه لم يدفع حصته اليه ، ولا الى وكيله ، أما عدم الدفع اليه فظاهر ، لان المشترى انما يدعى الدفع على شريكه ، وأما عدم الدفع الى وكيله فلان المدعى عليه غيروكيل ، ولامأذون كماهو المغروض ، وكذا لاتبرى ونمته من حصة الشريك المدعى عليه ، لا كاده القيض . وحينت فيقدم قول الشريك المدعى عليه بيمينه مع عدم البينة .

ثسم ان طالب البايع المشترى بحسته ، فلشريكه مشادكته فى ذلك كما في كلمال مشترك لأنه منكر للقبض ، والمال الذى في ذمة المشترى مشترك بينهما ، وله أن لايشادكه ، بسل يرجع على المشترى بحسته وبطالبها ، وعلى تقدير مشادكته للبايع في حسته التي قبضها من المشترى ، انما يبقى للبايع دبع الثمن وليس للبايع مطالبة المشترى بعوض ما أخذه شريكه ، لانه يعترف بظلم الشريك له في المشاركة ، وأخذه نصف ما قبضه .

ثم انه متى شارك فيما قبضه (١) رجع ببقية حسته على المشترى ، لان حقه منحصر فيهما ، وأما قوله فى آخر العبارة و وقيل: تقبل شهادة البايع والمنع فى المسألتين أشبه ، وأشار بالمسألتين الى هذه المسئلة وسابقتها باعتباد اشتمالها على شهادة الشريك للمشترى على البايع ففيه تفسيل .

أما في المسئلة السابقة فقد تقدم بيانه ، وأما في هذه فانه لا يتخلو اما أن يكون الشريك المدعى عليه القبض مأذونا من جهة شريكه البايع في القبض أم لا ، فعلى

⁽۱) اقول : مشادكته له فيما قيضه بناء على ظاهر كلام الاصحاب في مسألة المسأل المشترك كما تقدم ، واما على ما يظهر من الاخبسادكما تقدمت الاشادة الميه من أن دجوع المشريك على شريكه مقاسمة له مخصوصة بما اذا توى بقية المال ، والا فالقسمة صحيحة ، وحصة الغير القابض يرجع بها على من عليه المال في ذمته لا على شريكه ، الا ان يتعذد حصولها فيرجع على الشريك حيتذ ولا يرجع هنا على الشريك . منه دحمه الله .

الاول لاتقبل لعصول التهمة ، لانه بالتسبة الى حمته يشهد لنفسه علىالذى لهبيس لان المغسروش أن القابش مأذون مسن جهته فىالقبض ، ووكيل عنه ، فهو فى المحقيقة ليشهد لنفسه على شريكه .

وحينتُذ يلزم تبعيض الشهادة ، والشهادة اذا ردت في بعض المشهود به هل تسمع في الباقي أم لا ؟ وجهان : عندهم .

وأما على الثانى فانها تقبل لعدم التهمة ، حيث إن الشريك ليس وكيلا للبايع فى القبض ، وانما حق البايع باق على المشترى كما تقدم ، فليست الشهادة متبعضة كالاولى ، هذا ما يفهم من تقرير الاصحاب فى المسئلة .

وأما كلام المحقق هنا واختياره المنع من قبول شهادة البايع، مع أن المفروض في كلامه انما هو الثانى من هذا الترديد، فقيل: ان الوجه فيه أن البايع وهو الشاهد، وان لم يكن شريكا للقابض فيما قبضه، لمدم الاذن له، الا أن الشهادة تجر نفعاً ، من حيث أنه اذا حصل الثبوت بهذه الشهادة بالضمام شاهد آخر أويمين مثلا، وقبض هذا الشاهد نصيبه من المشترى مسلم له، ولايشار كه فيه شريكه ، بناء على استحقاق المشاركة اذا لم يثبت القبض، هذا ملخص كلامهم في هذا المقام.

ولا يخفى على من داجع كتاب التذكرة أن أصل هذه المسئلة وطرحها في محل البحث انما هو من العامة ،كسائر المسائل المذكورة ، ولهم فيها أقوال منتشرة ، واختلافات متكثرة ، وقد جرى فيها أصحابنا على بعض ماجروا عليه ، واختاروا فيها ماجنحوا اليه ، وجملة من شقوقها موافقة للاصول الشرعية ، وجملة منها مداركها غامضة خفية ، والله العالم .

الخامسة: قال الشيخ في الخلاف: اذاكان لرجلين عبدان لكل واحد منهما

عبد بانفراده ، فباعاهما من رجل واحد بثمن واحد لايصح البيع ، لانه بمنزلة عقدين ، لانه لعاقدين ، وثمن كل واحد منهما مجهول ، لان ثمنهما يتقسط على قدر قيمتهما ، وذلك مجهول والثمن اذاكان مجهولا بطل العقد ، بخلاف مالوكانا لواحد ، لانه عقدواحد ، وانمابطل الاول من حيث كانا عقدين .

وقال في المبسوط : اذا كانا مختلفي القيمة بطل ، وان تساويا صح انتهى . وظاهر كلام جملة من المتأخرين السحة مطلقا .

قال في المختلف بعد نقل ذلك عن الشيخ: والقدولان ضعيفان عندى ، والحق صحة البيع فيهما ، سواء كان متفاوتي القيمة أومتساوى القيمة ، لانالثمن في مقابلة المبجموع ، والتقسيط الحكمي لا يقتضى التقسيط لفظاً ، والجهالة انسا تتطرق بالاعتباد الثاني ، دون الاول ، ولهذا لوكان عبداً واحداً ولاحدهما فيه حصة والباقي للاخر ولم يعلم حصة كل واحد منهما فباعاه صفقة واحدة صبح البيع ، وان اختلف عوض كل واحد من المحستين ، باعتباد اختلا فهما وكونهما في حكم العقدين لايقتضى كونهما عقدين ، ولهذا لوفسخ في أحدهما لم يكن له الارد الاخر ، وذلك يدل على اتحاد السفقة . انتهى .

وبهذا الكلام بأدنى تفاوت عبر فى المسالك ، وربما أشعر ظاهر كلام المحقق فى الشرايع بالتوقف، حيث اقتصر على نقل القولين فى المسألة مع حجة القول بالبطلان ، ولم يتعرض لازيد من ذلك ، والظاهر هو القول بالصحة لما عرفت ، وقد مر نظير ذلك فى كتاب البيع فى مسئلة بيع ما يملك وما لا يملك .

أما لوكان العبدان لهما معاً أوكانا لواحد فلااشكال ولاخلاف في الجواذ ، لزوال ما توهم منه المنع في تلك المسئلة وهو تقسيط الثمن عليهما ، بل يقسما نه على نسبة الحصص ، وكذا لو كانا لواحد مع أن ذلك التقسيط لو أثر لامكن

تطرقه هنا لوعرض لاحد هما ما يبطل البيع كما لوخرج مستحقاً للغير ، أوظهر كونه حراً ، فان البيع في نفس الامرانما وقع على المملوك ، ولايعلم قسطه مسن الثمن ، ووجه المسحة في الجميع أن ثمن المبيع وقت العقد معلوم ، والتوزيسع لاحق ، فلايقدح في المسحة .

السادسة : قد تقدم أن شركة الابدان باطلة ، وحيننذ فلو اشتركا كذلك فان تميز أجرة كل واحد عن صاحبه اختص كل واحد بحصته ، ولو تميز بعضها اختص أيضا به ، وهو مما لاخلاف فيه ولا اشكال ، وانما الاشكال مع اشتباء الحال فقيل : أنه يقسم الحاصل على قدد أجرة مثل عملهم ، نظراً الىأن الغالب العمل مأجرة المثل ، وأن الاجرة تابعة للعمل .

ومثله قسمة تسمن ما باعاه مشتركا بينهما على تمن مشل ما لكل منهما ، وعلى هذا لو تميز بعض حق كل منهما أد أحدهما ضم الى الباقى فى اعتباد النسبة ، وان اختص به مالكه ، وهذا القول اختياد المحقق فى الشرايع .

وقيل: بتساويهما في الحاصل من غير نظر الى العمل، لاصالة عدم ذيادة أحدهما على الاخر، ولان الاصل مع الاشتراك التساوى، ولصدق العمل على كل واحد منهما، والاصل عدم ذيادة أحد العملين على الاخر، والحاصل تابع للعمل، ونقل هذا عن العلامة في أحد وجهيه، ودد بمنع كون الاصل في المال والعمل التساوى، بل الاصل هنا يرجع اليه، لان ذيادة مال شخص أو عمله على آخر وتقصائه ومساواته ليس أصلا لا بحسب العادة، ولا في نفس الامس.

وبالجملة فضعف هذا الوجه أظهر من أن يحتاج اليمزيد تطويل .

وقيل: بالرجوع الى الصلح ، لانه طريق الى تيقــن البراء كما في كل مــال مشتبه ، ونقل أيضاً عن العلامة في الوجه الاخر . قال في المسالك : ولاشبهة في أنه أولى مع اتفاقهما عليه ، والا فما اختاره المصنف أعدل من التسوية .

أقول: ولا يتخفى أن المسئلة غير منسوسة ، والاحتياط فيها واجب ، وهو يحصل بالقول الثالث ، وأما الاول فانه وان كان أقل بعداً من الثانى الا أنه لا يتخلو أيضاً من شىء فان مجرد كون الغالب العمل بأجرة المثل لا يصلح لان يكون سبباً مملكاً شرعياً لما زاد بحسب الواقع ، فانه يجوز أن يكون أجرة عمل أحدهما بالنظر الى أجرة المثل درهمين ، وأجرة الاخرى بالنظر الى ذلك ثلاثة دراهم ، فلو اقتسما كذلك وكان الامر بحسب الواقع الذى فبضه كل منهما هو بالمكس ، لاحد الاسباب المقتضية لذلك من تراض ، ومسامحة أو مناقشة ، فانه لا يكون مبيحاً للزيادة التى في أحد الطرفين ، ولاحاسماً لمادة الاشكال واقعاً فى البين بل الواجب عليهما لتحصيل براءة الذمة بيقين هو الرضاء بالصلح ليخرجوا بذلك من غضب رب لعاالمين . والله العالم .

كتساب المضاربة:

قال في التذكرة : وهي عقد شرعي لتجارة الانسان بمال غيره بحسة من الربح . انتهى .

وهذه التسمية لغة أهل العراق ، وأما أهل الحجاز فيسمون هذه المعاملة قراضاً ، قيل : ووجه المناسبة بالنسبة الى التسمية الاولى أنها من النسرب فى الارض ، قال الله تعالى : « وآخرون يعنربون فى الارض يبتغون من فضل الله »(١) لان العامل يعنرب فيها للسعى على التجارة وابتغاء طلب الربح بطلب صاحب المال ، فكان العرب مسبباً عنها طرداً لباب المفاعلة فى طرفى الفاعل ، أو من ضرب كل منهما فى الربح بسهم ، أو لما فيه من العرب بالمال و تقليبه .

وأما وجه المناسبة في التسمية الثانية ، فهو اما من القرض ، وهو القطع كما يقال : قرض الفار الثوب أى : قطعه ، ومنه المقراض ، لانه يقطع به ، فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة ، وسلمها الى العامل ، واقتطع له قطعة من الربح ، أو من المقادضة ، وهي المساوات والمواذنة ، يقال : تقارض الشاعران اذا واذن كل منهما الاخر بشعره .

⁽١) سورة المزمل الآية ١٩

وحكى عن أبى الدرداء أنه قال: قارض الناس ماقاد ضوك ، فان تركتهم لم يتركوك يريد ساوهم فيما يقولون ، وهذا المعنى تحقق هنا ، لان المال من جهة رب المال ، ومن جهة العامل العمل ، فقد تساويا في قيام العقد بهما ، فمن هذا المال ومن هذا العمل ، ويحتمل أن يكون ذلك لاشتراكهما في الربح ، وتساويهما في أصل استحقاقه ، وان اختلفا في كميته ، ويقال منه للمالك مقارض بكسر الراء ، وللعامل مقارض بالفتح ، ومن اللفظة الاولى يقال للعامل : مضارب بكسر الراء ، لانه الذي يضرب في الارض بالمال ويقلبه ، ولم يشتق أهل اللفة لرب المال من المضاربة اسما ، بخلاف القراض ، كفا في التذكرة ، ونحوه في المسالك .

وقال في المسالك: واعلم أن من دفع الى غيره مالاً ليتجر به فلا يخلو الما أن يشترطا كون الربح بينهما ، أو لاحدهما أو لايشترطا شيئًا ، فان اشترطاه بينهما فهو قراض ، وان اشترطاه للمالك فهو بناعة ، وان لم يشترطا شيئًا فكذلك ، الا أن للعامل أجرة المثل ، وتحوه قال في التذكرة .

واعترضهما المحقق الاردبيلي هنا في موضعين: أحدهما ـ في البضاعة ، حيث حكما بأن للعامل أجرة المثل ، قال بعد نقل عبارة التذكرة قوله: « وعليه أجرة المثل للعامل » محل التأمل ، لان الاصل عدم لزوم الاجرة ، وما ذكر من أنه اذا استعمل شخص بعمل له أجرة عادة لمثل هذا الشخص ، يستحق به أجرة المثل ان ثبت ذلك ، وكان ما نحن فيه من ذلك القبيل يكون له أجرة المثل ، والا فهو متبرع لما مر . انتهى .

وحاصله يرجع الى قيام احتمال التبرع، فالحكم بالاجرة مع الاطلاق يحتاج الى دليل، وليس فليس، وهو جيد.

وثانيهما ـ قولهما في صورة ما اذا اشترطا الربح للعامل أنه قرض ، فان ظاهره المنع من الحكم بكونه قرضاً بمجرد هذا الشرط ، قال (رحمة الله عليه): وكذا قوله: «كان المال قرضا ودينا » فان القرض يحتاج الي سيغة خاسة ، وله أحكام خاسة ، و المغروض عدم وجودها من المالك ، فكيف يحكم بوجوده ، وترتب أحكامه عليه ، ولان خروج المال عن ملك مالكه ودخوله في ملك آخر يحتاج الى ناقل ، وما وجد الا نحو قوله: « اتبعر فيه فيكون الربح لك ، وغير معلوم كون هذا المقدار مملكاً ، باعتبار أن كون الربح له فرع كون المالله ، فكانه قال : المال لك بالموض ، فربحه لك ، لان الا كتفاء في خروج مال عن ملكه ودخوله في ملك آخر بمثله من غير دلالة شرع به مشكل ، على أنه قد يكون العامل أو القائل جاهلا لا يعلم أنه لا يمكن كون المال باقياً على ملكه ، وكون العامل أو القائل جاهلا لا يعلم أنه لا يمكن كون المال ، بعد ان كان له ، وبالجملة الربح للعامل ، اذيكون مقسوده اعطاء الربح للعامل ، بعد ان كان له ، وبالجملة ان وجد دليل مفيد لنقل الملك مع العوض يكون قرضاً ، والا فلا . انتهى .

وهو جيد أيضا ، الا أنه يمكن الجواب هنا بأنه ليس المراد ثبوت القرض وحصوله بمجرد هذا الاشتراك بل مع حصول القرض أولا بسيغته الدالة عليه ، والا لورد ماقاله أيضا بالنسبة الى القراض الذى هو محل البحث ، فانه لابد فيه من سيغة خاصة عندهم ، مع أن ظاهر هذا الكلام الاكتفاء بمجردهذا الاشتراط ، وهم لا يقولون به .

وبالجملة فالمراد انما هو أن اشتراط الربسح لهما مماً انما يكون فى القراض ، واشتراطه للمامل خاصة انما يكون فى القرض ، وللمالك خاصة انما يكون فى البضاعة ، و هذا لايدل على حصول القراض بمجرد هذا الاشتراط كما يوهمه ظاهر الكلام المتقدم ، ولا على حصول القرش كذلك (١) .

⁽١) قال في المسالك : وعقد القراض مركب من عقدودكثيرة لأن العامل مع صحة

على أنه يمكن الاستدلال هنا بما رواه في الكافي والتهذيب عن محمد بن قيس (١) في الصحيح عن أبي جعفر (عليه السلام): قال: قال امير المؤمنين (ع): من التجر مالا واشترط تسف الربح فليس عليه ضمان، وقال: من ضمن تاجراً فليس له الا رأس ماله، وليس له من الربح شيء،

ومثله موثقة محمد بن قيس(٢) عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: قمنى على (عليه السلام) في تاجر اتجر بمال واشترط نصف الربح فليس على المضارب ضمان وقال ايضاً: « من ضمن مضادبة فليس له الا رأس المال ، وليس له من الربح شيء » .

والتقريب فيهما أنه بمجرد تضمين المالك للمضارب يصمير المال قرضاً ، ويخرج عن المضاربة ، وان لم يتقدم هناك عقد القرض أولا ، وهو في معمني اشتراط الربح للعامل ، فان الامرين من لواذم القرض .

قال في الوافى بعد نقل الخبرين المذكودين: اديد بالحديثين أن في المضادبة لاضمان على العامل، فان اشترط عليه الضمان يصير قرضا انتهى. ومرجعه الى أنه باشتراطه الضمان كأنه قصد أن الماليكون قرضاً حينتذ ، كما أنه باشتراط الربح للعامل خاصة كأنه قصد ذلك ، وبه يندفع الايسراد الثانى ، وأما الاول فهو لاذم.

والكلام في هذا الكتاب يقع في مقاصد أربعة :

الاقل : في العقد ومايلحق به ، وفيه مسائل : الأولى ـ قال العلامة في

التعدد وعدم ظهور دبح ودعى أمين ، ومع ظهوره شريك ومع التعدى غاصب وفى تصرفه وكيل ومع فساد العقد أجير ، اتتهى ، أقول : الظاهر أن المراد أنه يترتب على هذا العقد من اللواذم باعتبار وجود بعض الامور وعسدم بعض ما يترتب على قلك العقسود ، لان تلك العقود حاصلة فى ضمن العقدكما يشعر به ظاهر الكلام . منه رحمه الله .

⁽۱) و (۲) الكافي ج ه ص ۲۶۰ ح ٣، التهذيب ج٧ ص ١٨٨ ح ١٦، الوسائل ج١١ ص ١٨٨ ح ٢ و ١٠ .

Y.*

التذكرة: لابد في هذه المعاملة من لفظ دال على الرضا من المتعاقديس ، اذ الرضاء من الأمود الباطنية التي لا يطلع عليها الا الله تعالى ، وهذه المعاملة كغيرها من المعاملات يشترط فيهاالرضا للاية ، واللفظ الدالعلى الايجاب أن يقول رب المال : ضاربتكأو قارضتك أوعاملتك على أن يكون الربح بيننا نصفين ، أو أثالاتًا ، أو غير ذلك من الوجوم، بشرط تعيين الاكثر لمن هو منهما ، والاقل كذلك ، والقبول أن يقول العامل قبلت أو رضيت أو غيرهما من الالفاظ الدالة على الرضاء بالايجاب، وكذا الايجاب لايختص لفظاً فلوقال: خذه واتحر به على أن ما سهل الله في ذلك من ربح وفائدة يكون بيننا على السوية ، أومتفاوتا جاز ، ولايد من القبول على التواسل المعتبر في سائر العقود ، وهل يعتبر اللفظ ؟ الاقرب المدم ، فلو قال : خــ د هذه الدراهم واتجر بها على أن الربح بيننا على كذا ، فأخذها واتجر بها فالاقرب الاكتفاء به في صحة العقد ، كالوكالة ويكون قراضاً .

ثم نقل عن جملة من العامة أنه لابد من القبول، بخلاف الوكالة، فان القراض عقد معاوضة ، فلايشبه الوكالة التي هي اذن ، ثم قال : والوجه الاول .

أقول: قدعرفت في غير موضع مما تقدم سهولة الأمر في العقد، وأنه لسر الا مادل على التراضي بتلك المعاملة ، وظاهر كلامه هنا وكذا كلام غيره الاكتفاء مما دل على الرضا ، وإن كان فعلا في جانب القبول .

قبال شبخنا الشهيد الثاني في الروشة : وفي اشتراط وقوع قبوله لفظاً أو جوازمبالفعل، قولان: لايخلو ثانيهما منقوة، وبذلك يظهر لك ما فيقوله: دفلايد من التبول على التواصل المعتبر في سائس العقود، من التأمل ، فانه متى سم القبول بالفعل دون القول فلا معسني لاشتراط التواصل الذي همو عبارة عندهم عن تعقيب الايجاب بالقبول، وعدم الفسل بينهما ، فان هذا انما يتجه فيما لوكان القبول لفظاً ، الا أن يراد أنه لابد من التواصل وانكان القبول فعلا ، بأن يكون الاخذ بعد الايجاب بالافصل ، وهو بعيد .

وبالجملة فانه لادليل على اعتبار هذه المقارنة ، بل ربما دلت ظواهر جملة من الاخبار المشتملة على العقود على خلاف ذلك ، والاسل اناطة صحة العقد بالرضا ، والالفاظ الدالة عليه من الطرفين ، فان ذلك غاية ما تدل عليه الاية والروايات ، وماعداه من المقارنة المذكورة خال من الدليل ، ولاخلاف بينهم في أن القراض من العقود الجائزة من الطرفين ، ويؤيده أنه وكالة في الابتداء ، ثم قديمير شركة بعد العمل ، وكل من الوكالة والشركة من العقود الجائزة ، ولافرق في ذلك بين انشاش المال بمعنى صيرورته دراهم بعد أن كان عروضا ، اوكان عروضا لم ينش ، فلكل منهما فسخه وانكان عروضا ، وليس لماحب المال أن يكلف المنارب بانشاش العروض بان يسيرها دراهم كالاول وليس للمنارب أيضا أن يقول للمالك اصبرحتى ينض المال .

الشاقية: في جملة من الشروط الواقعة في العقد، قال في التذكرة: يبجب التنجيز في العقد، فلا يجوز تعليقه على شرط أو صفة مثل اذا دخلت الدار أو اذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك، وكذا لا يجوز تعليق البيع و نحوه لان الاصل عصمة مال الغير. انتهى.

أقول: لا يتخفى مافى دليله من تطرق النظر اليه ، فان عموم الادلة الدالة على جواز هذا العقد من آية و رواية شامل لما ذكره ، فانه تبجارة عن تراض ، وعقد المنادبة التى قدمنا نقله عنه فى حدر الكتاب شامل له .

وبالجملة قانه لادليل يعتمد عليه في ماذكره من البطلان بهذا الشرط، والاصل عدمه داوقال ضادبتك سنة بمعسني انه جعسل اجلا للمضادبة لم تلزم

المعنادبة في هدنه المدة، بدل لكل منهما فسخها قبل الاجل، والشرط والمقد صحيحان، أما الشرط ففائدته المنع من التصرف بعدالسنة، لان جواز التصرف تابع للاذن عن المالك، ولا اذن بعدالمدة المذكورة، وأما المقد فانه لامانع من صحته الا ما دبما يتوهم من هذا الشرط، وهو غير مناف لمقتضى العقد، اذغايته أن التصرف ليس مطلقا بل محدود بوقت معين، وهو صحيح لماعرفت، وكذا لوقالله: ان مرت بك سنة فلا تمثر وبع، أوقال: فلاتبع واشتر، فان المقد صحيح، وكذا الشرط لعين ماعرفت، من أن أمر البيع والشراء منوط بنظر المالك وأمره، فله المنع منهما بعد السنة، أو من أحدهما بطريق اولسى، وهذا بخلاف مالو شرط اللزوم، بأن قال: على أنى لا املك منعك، فان هذا الشرط مناف لمقتضى المقد، اذ مقتضاه كما عرفت الجواز، فيكون الشرط المذكود باطلا، وبه يبطل العقد على المشهود من أن العقد المشتمل على شرط فاسد باطل، وشرط الاجل مرجعه الى تقييد التصرف بوقت خاص، وهو غير مناف لمقتضى العقد كما عرفت.

ولوشرط عليه أن لايشترى الامن ذيد ، ولايبيع الاعلى عمره أولايشترى الا المتاع الفلاني ، أو لايسافر بالكلية سمح ووجب عليه العمل بالشرط فان خالف ضمن ، لكن لو دبح كان الربح بينهما .

ويدل على ذلك جملة من الاخبار منها ما رواه ثقة الاسلام والشيخ عن محمد بن مسلم(١) في الصحيح عن احدهما (عليهما السلام) قال: د سألته عن الرجل يسطى المال مضاربة ، وينهمى أن يخرج به فخرج قال: يضمن المال، والربح بينهما ».

وروى الحلبي (٢) في الصحيح عن أبي عبدالله (عليه السلام) أنه قال:

⁽۱) الكانى ج ه ص ٧٤٠ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٩ ح٢٦٦

⁽٢) المصدر ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٨١ ح ١ و٢

فى الرجل يعطى الرجل المال فيقول له: اثمت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها ، واشتر منها قال: فان جاوزها وحلك المال فهو ضامن ، وان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما » .

وما رواه من الكافى عن ابى السباح الكنانى (١) فى الحسن « عن أبسى عبدالله (عليه الربح وليس عليه من الوضيعة شىء ، الا أن يخالف عن شىء مما أمره صاحب المسال » .

ومادواه الشيخ في التهذيب عن أبي بسير (٢) دعن أبي عبدالله (عليه السلام) في الرجل يعطى الرجل مالا مضادبة ونهاه أن يخرج به الى أدض أخرى ، فعساه فقال : هوله ضامن ، والربح بينهما اذاخالف شرطه وعساه ، وعن الحلبي (٣) في الصحيح عن ابسى عبدالله (عليه السلام) وقال المال الذي يعمل به مضادبة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء ، الأأن يتخالف أمر صاحب المال » .

وما رواه في الغقيه والتهذيب عن أبي الصباح (؛) د قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المضاربة يعطى الرجل المال يخرج به الى الارض، ونهى أن يخرج به الى أرض غيرها ، فصى فخرج به الى أرض أخرى فعطب المال ، فقال ؛ هو ضامن ، وان سلم فربح فالربح بينهما » .

وما رواه الشيخ عن جميل (٥) دعن أبى عبدالله (عليهالسلام) في رجل دفع الى رجل مالا يشترى به ضرباً من المتاع مضاربة ، فذهب فاشترى به غير الذى أمره به ، قال : هو ضامن ، والربح بينهما على ماشرط » .

وهـنه الرواية في طريقها معادية بن حكيم ، وهو وان قال النجاشي :

⁽۱) الكاني ج ه ص ۲٤١ ح ٧ .

⁽٢) و (٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨٧ ح ١٣ و ١٤ .

⁽٤) و (٥) المتهذيب ج ٧ ص ١٨٩ ح ٢٣ و ١٩٣ ح ٣٩ ، الفقيه ج ٣ ص ١٤٣ ح ١ وهذه الروايات في الوسلئل ج ١٣ ص ١٨١ و ١٨٧ .

انه ثقة جليل ، الأأن الكشى قال: انه فطحى ، وهو عدل عالم، وبذلك يظهر لك مافى قول المحقق الاردبيلى ان هذه الرواية أسع الروايات التى فى هـذا البـاب .

وما رواه الشيخ عن الشحام (١) عن أبى عبدالله (عليهالسلام) في المعادبة اذا أعطى الرجل المال ونهى أن يخرج المال الى أرض أخرى ، فعماه فخرج به ، فقال : هو ضامن والربح بينهما » .

وهــنه الاخبار على كثرتها وتعددها فقــد اشتركت في الدلالـة على أن الربح بينهما مع المخالفة ، وضمان العامل لو عطب المال أو حصلت فيه نقيصة ، وهو لايوافق قواعدهم .

ولهذا قال في المسالك : ولولا النص لكان مقتمني لزومالشرط فساد ماوقع مخالفاً أو موقوفاً على الاجازة ، انتهى .

وتوضيحه ماعرفت من أن القراض في معنى الوكالة ، بل هو وكالة ، وحينتُذ فان لم يكن وكيلا في شراء عين فكيف يصح الشراء ، ويترتب عليه حل الربح بينهما ، وكذا فيما لو نهى عن السفر الى جهة أو البيع أو الشراء على شخص بعينه ، مع أنه في الوكالة لا تصح ذلك ، فانه مستى وكل على أمسر مخصوص وتجاوزه الى أمر آخر غير ما وكل عليه فانه يكون بيعه وشرائه باطلا ، وكيف يستحق ربح عمل لم يكن مأذوناً فيه ، ولا مفارضاً عليه ، بل يكون آنما ضامناً مع أن الاخبار كما عرفت قد اتفقت على حل الربح ، وأنه بينهما .

⁽١) التهذيب ج ٧ ص ١٩١ ح ٣٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٣ ح ١١٠

الاخبار، فيكون مادلت عليه مستثنى من مقتضى تلك القواعد، كما قدمنا مثله مراداً.

وأما ما ارتكبه المحقق الاردبيلي هنا من الاحتمالات البعيدة ، والتمحلات غير السديدة ، فلا يخفي ما فيه على من تأمله ، وتدبر ما في باطنه وخافيه .

ولواشترط أن يشترى أصلا يشتركان في نمائه كالشجر والغنم ومحوهما ، فيل : يفسد العقد ، لان مقتضى عقد المضادبة التصرف في دأس المال بالبيسع والشراء ، وتحصيل الربح بالتجادة ، ومن هنا استحق العامل حصته من الربح في مقابلة هذا العمل ، وماذكر هنا ليس كذلك ، لان فوائده تحصل من غيرتصرف بل من عين المال ، وتردد بعضهم في السودة المذكودة نظراً _ الى ماذكر مما يدل على البطلان _ والى أن حصول هذه الاشياء انما وقع بسبب سعى العامل ، اذ لولا شرائه لم يحصل النماء ، وذلك من جملة الاسترباح بالتجادة ، فيكون صحيحاً .

وضعف الثانى بان الحاصل بالتجارة هو زيادة القيمة لما وقع عليه العقد لانماقه الحاصل مع بقاء عين المال، وبأن المضاربة تقتضى معاوضتين، أحدهما بالشراء، والاخرى بالبيع، وأقل ما يتحققان بمرة، وبها يظهر الربح.

والتحقيق أن الفرع المذكور لما كان غير منصوس، فالمحكم فيه بأحد الوجهين مشكل، والبناء على هذه العلل الاعتبادية مجازفة في الاحكام الشرعية المطلوب فيها العلم واليقين بالاستناد الى السنة النبوية، أو الكتاب المبين، ولاسيما مع تعارضها وتدافعها كما عرفت.

ثم انه على تقدير القول بفساد المضادبة ، الظاهر أنه لا مانع من صحة الشراء المذكود ، لدخوله تحت اطلاق الاذن للعامل بالبيع والشراء ، فيكون

النماء المحاصل بأجمعه للمالك ، وعليه أجرة المثل للعامل ، و يحتمل البطلان بالنظر الى أنه مأذون فىالبيع والشراء الذى يقع فىالمضادبة بأن يترتب عليه الربح لامطلقاً ، بحيث يشمل ماوقع هنا هذا .

وينبغى أن يعلم ان المعتنع على القول به انما هو مع التحاد الربح فى النماء المذكود ، كما يقتضيه هذه المعاملة ، والا فلا مانع من كون النماء بينهما مع عدم التحاد الربح فيه على بعض الوجوه ، بأن يشترى شيئاً له غلة ، فظهرت غلته قبل أن يبيعه ، فان القلة تكون من جملة الربح الذى يحصل بعد البيع ويكون الجميع بينهما على ماشرطاه والله العالم .

الثائثة: متى صحت المضاربة فللعامل تولى ما يتولاه المالك من عرض القساش ونشره وطيته واحرازه، وبيعه وقبض ثمنه، والاستيجار على نقله أن احتيج اليه، ودفع الاجرة في ماجرت العادة بدفعها فيه، كالدلال والحمال، واجرة الكيل والوزن، ونحو ذلك، والوجه فيه أنه لما كانت المضاربة معاملة على المال لتحصيل الربح كان اطلاق المقد مقتضيا لفعل ما يتولاه المالك لو باش ذلك بنفسه من هذه الاشياء، وكلما لم تجر العادة بالاستيجار عليه لو استأجر عليه، فالاجرة من ماله لا يلحق المالك منها شيء، حملا للاطلاق على المتعارف وماجرت العادة بالاستيجار عليه أجرة،

ولو قصد بالعمل الاجرة بأن يأخذ الاجرة كما يأخذ غيره ففى استحقاقه لها احتمال قوى ، خصوصاً على القول بأن للوكيل فى البيع أن يبيع على نفسه ، وفى الشراء أن يشترى لنفسه ، فيكون له أن يستأجر نفسه أيضا ، ولكن اطلاق الاصحاب يقتضى العدم ، وهو الاحوط وأما لوأذن له المالك فى ذلك زال الاشكال .

الرابعة: المشهور بين الاصحاب أن جميع ما ينفقه في السفر للتجادة من رأس المال سوا كانت النفقة زيادة على نفقة الحضر أوناقصة أو مساوية ، وكل ما يحتاج اليه للاكل والشرب لنفسه ودوابه وخدامه حتى الفرب والجواليسق ولحوهما ، الاأنها بعد انتهاء السفر والاستغناء عنها يكون كل ذلك من أصل المال ، سواء حصل له ربح أم لا .

وقيل: انه لايخرج من أصل المال ، الاماذاد على نفقة الحضر ، للاجماع على أن نفقة الحضر على نفسه ، فماساداه في السفر يحتسب أيضا عليه ، والزائد على ذلك من مال القراض ، وأيد ذلك بعضهم بأنه انما حصل بالسفر الزيادة لاغير ، اماغيرها فسوا خكان مسافراً أم حاضراً لابد منها ، فلا يكون من مال القراض .

وقيل: ان نفقة السفر كلها على العامل كنفقة الحضر، وعلل بأن الربح مال المالك، والاحسل أن لايتصرف فيه الابما دل عليه الاذن، ولم بدل الاعلى الحصة التي عينها للعامل، وهو لم يدخل في العمل الاعلى هذا الوجه، فلا يستحق سواه.

ويدل على القول الاول مارواه الكليني في الصحيح دعن على بنجعفر (١) عن أخيه أبى الحسن (عليه السلام) قال: في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال ، فاذا قدم بلده فما أنفق من نصيبه ،

وعن السكونى (٢) عن أبى عبدالله (عليه السلام) « قال : قال أمير المؤمنين (عليه السلام) : فى المضاربة » الحديث ورواه فى الفقيه (٣) مرسلا « قال : قال أمير المؤمنين (عليه السلام) : مثله » وبه يظهر قوة القول المشهود ، وأنه المؤيد المنصود ، فلا يلتفت الى هذه التخريجات الضعيقة ، والتعليلات السخيفة كما عرفت فى غير مقام .

⁽۱) و (۲) الكافي ج ه ص ۲٤١ ح ه

⁽٣) الفقيه ج٣ ص ١٤٤ الحديث ه وهذه الروايات في الوسائل ج١٣ ص١٨٧ باب٢

تنبيهات :

الاول: المراد بالسفر هنا هو السفرالعرفي لاالشرعي ، وهو مايجب فيه التمس ، فلو كان السفر قصيراً أو أقام في الطريق وأتم السلوة فنفقة تلك المدة من أسل المال ، الا أنه يجب الاقتصار في ذلك على ما يحتاج اليه التجارة ، فلو أقام زيادة على ما يحتاج اليه كان الزايد عليه .

الثانى: قد عرفت أن المراد بالنفقة ما يسحتاج اليه من مأكول وملبوس ومشروب له ، ولمن فى صحبته ممن يتوقف عليه سفره وآلات السفر وأجرة المسكن ، ونحوذلك ، ويسراعى فيها ما يليق بحاله شرفا وضعة و وسطا على وجه الاقتصاد ، فلو أسرف حسب عليه ، وان قتر على نفسه لم يحتسب له ، لان الذى له ما أنفق على الوجه المتقدم ، وبعد العود من السفر ، فما بقى من أعيان النفقة ، ولومن الزاد يجب رده الى مال التجارة أو تركه وديمة عنده الى أن يسافر ان كان ممن يتكرر سفره ، ولم يكن بيعه أعود على التجارة من تركه .

الثالث: لو شرط المالك على العامل عدم النعقة لم يجز له الانعاق من المال اتفاقاً، ولو أذن له في الانفاق بعدذلك فهو تبرع محض، وقد عرفت أنه مع الاطلاق فالاشهر الاظهر ثبوتها، فلو شرطها والحالهذه كان ذلك تأكيداً ومخرجاً من الخلاف المتقدم، وان كان ضعيفا كما عرفت، وعلى هذا فهل يشترط تعيينها حينئذ حذرا من الجهالة في الشرط الذي هو جزء من العقد، فتسرى الجهالة الى العقد ويؤيده اشتراط نفقة الاجير حيث لايثبت على المستأجر، فانه لابد من تعيينها كما ذكر وه أملا ؟ نظراً الى أن الاشهر الاظهر كما عرفت ثبوتها بمجرد العقد مع عدم اعتباد وجوب ضبطها فلا يبعب ضبطها بالشرط اذ لا يزيد الثبوت بالاشتراط على الثبوت بالاصل اشكال، ولعل الثاني أقوى ورجح في المسالك الاول.

الرابع: قدعرفت أنه لايشترط بالنفقة وجود ربح بل ينفق من أصل المال، وان قصر المال ولم يكن ربح لكن لوحصل الربح فانه تخرج النفقة منه مقدمة على حق العامل.

الخامس: ماذكر نامن وجوب النققة مخصوص بالسفر المأذون فيه ، فلو سافر الىغيره اما بتجاوز السفر المأذون فيه الىمكان غير مأذون فيه أو الىجهة غير جهة السفر المأذون فيه فلا نفقة له ، وان كانت المضاربة صحيحة والربح بينهما كما عرفت آنفا .

السادس: لو تعدد أرباب المال الذى فى يده بأنكان بعضه له مثلا ، وبعضه لزيد ، وبعضه لثاك ، وهكذا ... قسطت النفقة على حسب المال ، فلوكان تصف المال للعامل ، ونصفه للمالككانت النفقة انصافا ، وهكذا ... هذا هو الاظهر الاشهر .

وقيل: بأن التقسيط بنسبة العملين اى مايعمله لكل واحد من أصحاب المال ، ورد بأن استحقاق النققة في مال المضاربة منوط بالمال ، ولاينظر الى العمل ، قالوا: ولا فرق في التقسيط بين أن يكون قد شرطها على كل واحد منهما أو أطلق ، بل له نفقة واحدة عليهما على التقديرين ، لان ذلك منزل على اختصاص المشروط عليه بالعمل .

هذا مع جهل كل واحد منهما بالاخر ، أمالو علم صاحب القراض الاول بالثاني ، وشرط على ماله كمال النفقة جاز ، واختصت به ، ولاشيء على الثاني .

السابع: لواتفق موته أو مرضه في السفر كان ماينفق في ذلك من ماله، اذلاتعلق لذلك بالتجادة ، واستثنى بعضهم مالوكان معلوماً أنه لوكان في بلده لم يمرض ، أو أن مؤنة مرضه يكون في الحضر ، وفي بلده أرخص منها في تلك البلد ، قال فيمكن حينئذ احتساب الزيادة من مال المضادبة .

الثامن: لوسافر بالمال للمضاربة فاتفق عزله في السفر ، وانتزع المال منه كانت نفقة الرجوع عليه ، لانه انما استحق النفقة في السفر للمضاربة ، وقد ارتقعت بالفسخ وعزله عنها .

وما توهمه بعض العامة من حصول الضرو عليه مردود ، بأن دخوله في عقد يجوذ فسخه كل وقت قدوم منه على ذلك ، وهذا القائل أثبت له نفقة الرجوع لما ذكره وفيه ماعرفت . والله العالم .

الخامسة: قد صرح جملة من الاصحاب بأن مقتنى اطلاق الاذن فى المضادبة هو البيع نقداً بثمن المثل من نقد البلد، فلو خالف لم يمض الا مع اجازة المالك، وكذا مقتضى الاطلاق هو ان يشترى بعين المال، فلو اشترى فى الذمة لم يصح الا مع الاجازة.

وتغصيل الكلام في هذه الجملة أن يقال انه لما كان عقد المضادبة محمولا على ماهو المتعادف في التجادة والموجب لتحصيل الربح وجب قصر تصرف العامل على مايوجب حصول الغاية المذكودة.

قال فى التذكرة: لما كان الغرض الاقسى من القراض تحصيل الربح، والفائدة وجب أن يكون تصرف العامل مقصوراً علىما يحصل هذه الفاية الذاتية وان يمنع من التصرف المؤدى الى ما يضادها فينف تسرفه بما فيه الغبطة والقائدة، كتسرف الوكيل للموكل لانها فى الحقيقة نوع وكالة، وان كان له أن يتصرف فى نوع مما ليس للوكيل التصرف به تحصيلا للفائدة، قان له أن يبيع بالمعروض، كما له أن يبيع بالثقد بخلاف الوكيل، قان تصرفه فى البيع انما هو بالنقد خاصة، لان المقصود من القراض الاسترباح، والبيع بالعروض قد يكون وصلة اليموطريقاً فيه، وأيضاً لهأن يشترى المعيب اذا وأى فيه وبحال بخلاف

الوكيل . انتهى .

وحينة فليس له البيع الا نقداً لما في النسية من التغرير بمال المالك وجعله في معرض التلف ، كما في الوكالة ، مع أنه يمكن أن يكون في بعض الاحوال حصول الربح في جانب النسية مع المصلحة وأمن التلف ، الاأنهم منعوا من ذلك مطلقاً ، وكأنهم بنوا على أن الاغلب في مثل ذلك التلف ، والتعرض له محل خطر وتغرير ، وكذا ليس له البيع الا بثمن المثل ، وهو ظاهر ، لان البيع بدونه تغييع على المالك ، مع أنه يمكن حصول الزايد ، وأما البيع بنقد البلد فلان الاطلاق في الوكالة انما ينصرف اليه ، والقراش في معناه ، فلذا أطلقوا الحكم هنا .

وفيه أن القراض قديفارق الوكالة في بعض الموارد، لان القرض المطلوب به تحصيل الربح قد يتفق في غير نقدالبلد كالعروض، واليه يميل كلام الشهيد الثانى في المسالك، فيجوز البيع بغير نقد البلد مع ظهور الغبطة، وحسول المسلحة لانها هي المدار في القراش وهو الظاهر من كلام التذكرة المذكور، وتردد في القواعد.

وبالجملة فانه لما كان المداد في القراش انما هو تحصيل الربح والغايدة فينبغى أن يترتب الجواذ عليه ، سؤاء كان في البيع بالعروض التي هي غير نقد البلد ، أو في البيع بالنسية التي ليست نقداً ، بل يمكن أيضاً في البيع بأقل من ثمن المثل اذا اقتضته المصلحة ، وترتبت عليه الغبطة ، بأن يبيع بأقل من ثمن المثل ، ويشترى مالا فيه ربح كثير ، فاطلاق الجماعة المذكورة أن اطلاق الاذن في المضادبة يقتضى الامود المذكورة محل تأمل كما ظهر لك ، والحمل على الوكالة غير مطرد كما عرفت من كلامه في التذكرة .

والعبعب أنهم اعترفوا بذلك في شراء المعيب، فجوزوا للعاهل شراء

المعيب اذا دأى الغبطة فى شراع بعصول الربح فيه ، حيث أنه المداد فى القراض مع أن ذلك لا يبجوز للوكيل ، وحينتذ فالواجب بمقتضى ذلك هو دوران الحكم جوازاً ومنعاً مداد الغرض المذكور وجوداً وعدماً ، هذا كله مم اطلاق الاذن .

أما لو أذن له في شيء من هذه الامدور خصوصاً أو عموماً كتصرف حيث شئت ، وبع بما أددت ، واعمل بحسب دأيك ونظرك ، فالظاهر حينئذ هو البعواذ في جميع ماذكرناه (١) .

أما قوله في المسالك أنه يجوز له البيع بالمروض قطماً وأما النقد وثمن المثل فلا يتخالفهما الا بالتصريح ، فاني لاأعرف له وجهاً وجيهاً مع دخوله في الاطلاق المذكور ، سيما مع ظهور الغبطة ، كما شرحناه آ نفاً .

وكيف كان فائه يستثنى من ثمن المثل تفصان ما يتسامح الناس به عادة فلا يدخل تحت المنع .

ثم انه لو خالف العامل ما دل عليه اللفظ بخصوصه أو اطلاقه ، فهل يقع العقد باطلاً أم صحيحاً موقوفاً على اجازة العالك ، المشهور الثانى ، بناء على ما هو المشهور بينهم من صحة البيع الفنولى ، وان لزومه موقوف على اجازة العالك ، وحينتذ فان أجاز نفذ البيع ولزم فعلى تقدير كون البيع نسية فان حصل الثمن فلا اشكال والا ضمن العامل الثمن للمالك لثبوته بالبيع المسحيح

⁽١) أتول: ويؤيد ماذكرناه، ماصرح به العلامة في المختلف حيث قال: قال الشيخ في المبسوط: اذادفع اليه مالا قراضاً وقال له اتجر به أو قال: اصنع ما ترى أو تصرف كيف شئت قانه يقتضى أن يشترى بثمن مثله، تقدأ بنقد البلد، و الوجه عندى أن له البيع كيف شاء سواءكان بثمن المثل أم لا، وبنقد البلد أو لا، وحالا أو لا، لانه جمل المشية اليه . نهم انه منوط بالمصلحة انتهى ، وهوظاهر فيما قلناه وقد وفقى الله سبحانه للوقوف عليه بعد ذكرنا ما ذكرناه فى الاصل فنقلنا كلامه فى الحاشية وهو من نوادد الخاطر، منه رحمه الله .

لا القيمة ، وان لم يعجز المالك ذلك وجب استرداد المبيع مع امكانه فلو تعذر ضمن قيمة المبيع ان كان قيمياً أو مثله انكان مثلياً ، لاالثمن المؤجل وان كان أذيد من القيمة ، ولا التفاوت في صورة النقيصة ، لانه مع عدم اجازة المالك البيع يكون البيع باطلا ، فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدى فيه وسلمه من غير اذن شرعى ، هكذا قالوا (وضى الله عنهم) .

وفيه ما حققناه سابقاً في كتاب البيع في مسئلة البيع الفضولي (١) من الاشكالات التبي أوردناها عليهم في هذا المقام ، هذا كله مع القول بسحة المقد الفنولي .

وأما علىما اخترناه من القول ببطلانه كما قدمنا تعقيقه ثمة فالأمر واضح ، وأما اقتضاء الاطلاق الاشتراء بعين المال فلان المضاربة انما وقعت على ذلك المال والوكالة التى اقتضتها المضاربة انما تعلقت بذلك المال ، والربح الذى اشترطه العامل انما تعلق بذلك المال .

وأيضاً فانه ربما يتطرق التلف الى دأس المال ، فتبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك ، وقد لايمكنه الخروج منها ، وعلى هذا فلو اشترى فى الذمة من غير اذنالمالك وقف على اجازة المالك بناء على ماتقدم من الحكم بسحة البيع الغنولى ولواشترى فى الذمة ولم يعين العقد لا للمالك ولا لنفسه وقع الشراء له ظاهراً وباطناً ، وان عينه لنفسه تعين له أيضاً وان عينه للمالك فانه مسع الاذن لازم ، وبدونه فهو كما عرفت أولا يكون موقوفاً على اجازة المالك ، بناء على صحة البيع الغنولى ، وأن عين المالك بنية وقع للعامل ظاهراً وتمام تحقيق الكلام فى المقام يأتى اشاء الله فى كتاب الوكالة والله العالم .

⁽۱) ج ۱۸ ص ۲۲۳ .

السادسة: لاخلاف بسين الاصحاب فيما أعلم في أنه مع موت كل منهما تبطل المضادبة ، لأن بالمسوت يسخرج المسال عن ملك المالك ويصير للورثة ، فلايسجوز التصرف بالاذن الذي كان من المورث ، بل لابد من اذن الوارث ، هذا مع موت المالك .

وأما مسع موت العسامل فلان المأذون له في المضاربة كان هو العسامل لا وادثه فلا يبجوذ لوادثه التصرف الا باذن جديد، وهو المراد من بطلان المضادبة هنا، ولاتها أيضا من العقود الجائسزة فتبطل بما تبطل به من موت كل منهما أوجنونه أو اغمائه أو العجر عليه للسفه.

ثم ان كان الميت هو المالك ، فان كان المال ناضاً لاربح فيه أخذه الوادث ، وان كان فيه ربح اقتسمه العامل مع الورثة ، وتقدم حصة العامل على الغرماء ، لو كان على الميت ديون مستوعبة لملكه لمحسته من الربح ، بظهوره ، فكان شريكا للمالك ، ولان حقه متعلق بعين المال لا بذمة المالك ، وان كان المال عروضاً فللعامل بيعه رجاء الربح ، والا فلا و للوارث الزامه بالانضاض ، وسيأتى تحقيق الكلام في ذلك انشاء الله تعالى في مسئلة الفسخ .

وانكان الميت حوالعامل، فانكان المال ناضا ولاربع أخنه المالك، وانكان فيه وبع دفع الى الميت حوالتنفيض فيه وبع دفع الى البيع والتنفيض فان أذن المالك للوارث في ذلك جاذ، والاعيش له المعاكم أميناً يبيعه، فان ظهر فيه وبع أوصل حصة الوارث اليه، والاسلم البعميع الى المالك والله المالم.

المقصد الثاني في مال القراض:

والبحث يقسع فيه في مواضع: الاول لاخلاف بين الاصحاب في أنه يشترط في مال القراض أن يكون عيناً لاديناً وان يكون دراهم أو دنانسير ، ونقل فسي

التذكرة الاجماع على ذلك.

أقول: ويدل على كونه عيناً لاديناً ما رواه المشايخ الثلاثة عن السكونى (١) عن أبى عبدالله (عليه السلام) و قال: قال أمير المومنين (عليه السلام): في رجل له على رجل مال فتقاضاه ولايكون عنده ما يقضيه ، فيقول: هو عندك مناوبة ، قال: لا يسلح حتى يقبضه منه ، وهو صريح في المطلوب ولا يضر ضعف السند خصوصاً مع تلقى الاصحاب له بالقبول واجماعهم على ذلك .

ومثله مالو أذن للمامل في قبضه من الغريم ، فانه لا يخرج بذلك عن كون المضاربة قد وقعت بالدين ، الا أن يجدد العقد بعد القبض .

وأما اشتراط كونه دراهم أو دنائير فقد اعترف جملة من الاصحاب بأنهم لم يقفوا له على دليل غير الاجماع المدعى في المقام ، والظاهر أنه كذلك ، حيث انا لم نقف بعد الفحص والتتبع على دليل من النصوص على ذلك ، وتردد المحقق في الشرايع في الجواذ بالنقرة ، وهي بشمالنون القطعة المذابة من الذهب والفضة .

قال في المسالك: ومنشأ التردد فيها من عدم كونها دراهم ودنانير الذى هو موضع الوفاق، ومن مساواتها لهما في المعنى، حيث أنها من النقدين، وانما فاتها النقش و نحوه، وانضباط قيمتها بها واسالة الجسواز، ثم قال: وهذا كله يندفع لما ذكرناه من اتفاقهم على اشتراط أحديهما، ومع ذلك لانعلم قائللا بجسوازه بها، وانما ذكرها المصنف متردداً في حكمها، ولم ينقل غيره فيها خلافاً، واذاكانت المضاربة حكماً شرعياً فلابد من الوقوف على ماثبت الاذن فيه شرعاً، وربما أطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكة، فان صع هذا الاسمكان التردد من حيث أنها قد صارت دراهم ودنانير: وانما تخلفت السكة وهي وصف في النقدين، وربما لايقدح خصوصاً اذا تمومل بهما على ذلك الوجه

⁽۱) الكافى ج ه ص ٧٤٠ ح ٤ ، التهديب ج ٧ ص ١٩٧ ح ٣٤ الفقيد ج ٣ ص ١٤٤ ح ٤ الوسائل ج ١٣ ص ١٨٧ باب ه .

ومما تقدم من وجوه المنم ، انتهى وهو جيد .

أقول: لا يتخفى أن من لا يلتفت الى دعوى مشل هذه الاجماعات ، لعسدم ثبوت كونها دليلا شرعياً فانه لامانع عنده من الحكم بالبعسواذ فى غير النقدين نظراً الى عموم الادلسة الدالة على جوازه ، وتتخصيصها يستناج الى دليل شرعى ، وليس فليس .

قالوا تفريعاً على ما تقدم: فلا يصح المضاربة بالفلوس، ولا بالدراهم المغشوشة، سواءكان الغش أقل أو أكثر، ولا بالعروض (١) وأنت خبير بما فيه بعدما عرفت، حيث أنه لا مستند لهم هنا أيضاً سوى دعوى الاجماع.

ولكن ينبغى تقييد المنع من الدراهم المغشوشة بما لوكان التعامل بها ساقطاً ، والا فلو جرت في المعاملة فائه لامانع من المضاربة بها .

قلل فى المسالك: حداً أذا لم يكن متعاملا بالمغشوش، فلوكان معلوم المسرف بين الناس جازت به المعاملة، وصع جمله مالا للقراض، سواءكان الغش أقل أو أكثر، انتهى.

الثانى: قالوا: لودفع آلة السيد كالشبكة بحصة من السيدكان السيدللسائد وعليه أجرة الآلة ، وذلك لان هذه المعاملة ليست بمضاربة اذ المضاربة كما هو المجمع عليه عندهم انما يكون بالدراهم والدنانير ، ولان مقتضى المضاربة التسرف في عين المال المدفوع ، واتلافه بالبيع أو الشراء ، وهنا ليس كذلك ، لابالنسبة الى الاول ولاالثانى . وليس أيضاً بشركة ، لانها هنا مركبة من شركة

⁽١) المروض بضم المين جمع عرض بفتحها وسكون الراء وفتحها أيضا هوالمتاع وكل شيء غير التقدين كماذكره في القاموس ، وحكى الجو هرى عن أبي عبيد أن العروض هي التسى لايد خلها كيل ولاوزن ، ولا تكون حيواناً ولاعقاراً ، وظاهر ، اطلاقات الفقهاء في هذه الابواب على المعنى الاول فانهم يقابلون بها التقدين كمالا يخفى على المتبع منه رحمه لقه .

الابدان وغيرها ، وقد تقدم بطلاتها مع تميز مال ساحب الشبكة ، وعدم حصول الشركة فيه ، وليست أيضاً باجارة ، وهو ظاهر .

ثم ان الحكم هذا بكون الصيد للصائد خاصة يبنى على عدم تصورالتو كيل فى تملك المباح ، كما هو أحد القولين ، والا فانه يصير الصيد مشتركا بينهما حسبما يراه الصائد ، وقد تقدم الكلام فى ذلك فى المسئلة الثالثة من الفصل الثالث فى اللواحق من الكتاب المتقدم (١) واحتمال أنه انما قصد الصيد لنفسه ، ولم ينو مشاركة الاخر بعيد ، فان الظاهر أن دخوله انما كان على جهة الشركة .

قال في المسالك : وحيث يكون العيد لهما فعلى كل منهما من أجرة مثل العائد والشبكة بحسب ما أسابه من الملك .

أقول: قد مر توضيح ذلك في المسئلة الثانية من الفصل المتقدم ذكره من الكتاب المتقدم (٢) ، و مرجعه الى أن لكل منهما أجرة المثل فيرجع كل منهما على الاخر بما يخصه من ذلك.

الثالث: لا اشكال ولا خلاف فيما اذاكان مال القراض معلوم المقداد معيناً وان كان مشاعاً ، لان المشاع معين في نفسه مع كونه جامعاً لباقي الشرائط، ولافرق بين أن يكون العقد مع الشريك أو غيره ، ولو كان مشاهداً مع كونه مجهولا قيل : لا يسم للجهالة ، وقيل : بالسحة لزوال معظم المنر و بالمشاهدة ، بل حكى في المختلف عن المشهود القول بجواز المضادبة بالجزاف وان لم يكن مشاهداً محتجاً بالاصل ، وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) و المؤمنون عند شروطهم » (٣) .

⁽۱) ص۱۸۹

⁽۲) ص ۱۸۷

⁽٣) التهذيب ج٧ ص٧٦٦ - ١٠ الاستبصاد ج٣ ح ٨٥٥ ، الوسائل ج ١ ص ٣٠ ح ١

أقول: قال الشيخ في المخلاف: لا يصح القراض انا كان رأس المال جزافاً (١) لان القراض عقد شرعى يحتاج الى دليل شرعى ، وليس في الشرع ما يدل على صحة هذا القراض ، فوجب بطلانه ، والظاهر أنه هو المشهور .

وقال في المبسوط: يبطل، وقال قوم يسمح، ويكون القول قول العامل في قدده، فان أقساما بينتين كان الحكم لبيئنة العالك، لانها بيئنة المحادج، قال: وهذا هو الاقوى عندى.

قال في المختلف: وما قو اه الشيخ هو الاجود، لنا الاسل السحة، وقوله (صلى الله عليه و آله وسلم) « المؤمنون عند شروطهم ، وقد وجد شرط سائغ فيحكم به ، انتهى .

وظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك ترجيح الاول من حيث الجهالة ، وظاهر المحقق الاردبيلى الميل الى الثانى ، لعموم الادلة ، وعدم الدليل الواضح على الجواز ، والتعلق على المدنة محل توقف لعدم الدليل الواضح على الجواز ، والتعلق باطلاق الادلة مردود بما عرفت فى غير مقام مما تقدم ، من أن الاطلاق يجب حمله على الافراد المتعادفة المتكررة الشابعة ، و ذلك انما هو مع التعين ، ومعلومة المقدار ، وعدم تطرق الجهالة بوجه من الوجوه .

وكيف كان فانه لا اشكال في كون القول قول العامل بيمينه لو اختلفا في قدده ، صحت المضادبة أم بطلت ، لانه منكر ، ومقتضى القاعدة تقديم قوله بيمينه ، ومع وجود البيتنتين وتعارضهما فان الحكم لبيتنة المالك ، لانه المدعى

⁽١) قال في التذكرة: لايصح القراض على الجزاف والكان مشاهداً له مثل قبضة من ذهب أوفضة مجهولة القدد أوكيس من اللداهم مجهول القدد سواء شاهده المامسل والمالك أو لا ، وبه قال الشافى ، لعدم امكان الرجوع اليه عند المناضلة فلابد من الرجوع الى دأس المال عند ها ، وأن جهالة دأس المال يستلسزم جهالة الربح ، وقال أبوحنيفه : يجوذ أن يكون دأس المال مجهولا ويكون القول قول العامل بيمينه الأأن يكون لرب المال بينة فيئة دب المال أولى النهى ، منه دحمه الله .

ومقتضى القاعدة تقديم قوله بيينته ، وكذا لاينعقد القراض بناء على ماقدمنا لو أحضر مالين معدودين ، فقال : قارضتك بأيهما شئت ، لانتفاء التعيين الذى هو شرط في صحة العقد ، كما عرفت ، ولا فرق بين أن يكون المالان متساويين جنساً وقدراً أو مختلفين ، خلافاً لبعض العامة ، حيث جوزه مع التساوى ، وظاهر المحقق المتقدم ذكره الميل الى الجهواز هنا أيضاً استناداً الى عموم الادلة ، وفه ما عرفت .

الرابع: لو أخذ مالا للمضادبة مع عجزه عنه بمعنى أنه يعجز عن تقليبه فى التجارة والبيع والشراء به لكثرته، قالوا: لا يخلو اما أن يكون المالك عالماً بعجزه، أو جاهلا بذلك، فانكان الثانى فانه يضمن ، لانه مع علمه بنفسه وأنه يعجز عن ذلك يكون واضعاً يده على المال على غير الوجه المأذون له فيه، فانه انما دفع اليه ليعمل به فى التجارة.

لكن هل يكون ضامناً للجميع أو القدد الزائد على مقدوره قولان: اختار أولهما في المسالك ، ووجه الاول من عدم التميز والنهي عن أخذه على هذا الوجه ووجه الثانى من أن التقصير انما حصل بسبب الزائد ، فيختص به ، وربما قيل: انه ان أخذ الجميع دفعة ، فالحكم الاول ، وان أخذ المقدور ثم أخذ الزائد ولم يمزجه به ضمن الزائد خاصة ، وأورد عليه بأنه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع ، ولاترجيح الان لاحد أجزائه ، اذ لو تمرك الاول وأخذ الزيادة لم يعجز .

أقول: لا يتخفى ما فى هذه التعليلات العليلة من عدم السلوح لا بتناء الاحكام الشرعية عليها ، والحكم غير منصوص ، وبه يظهر ما فى الاستناد فى عموم الضمان الى النهى ، و أى نهى هنا مع عدم نص فى المسئلة ، وكأنه أشار بهذا النهى الى ما ذكر من قوله يكون واضعاً يده على المال غير الوجه المأذون فيه . وفيه أنه يمكن تخصيصها بالزائد لانه هو الذى حصل فيه العجز ، فيكون

هو الغير المأذون فيه ، وأما ماكان يمكنالعمل به فانه يكون مأذوناً فيه .

وبالجملة فالحكم لا يخلو من شوب الاشكال لما عرفت لعدم الدليل الواضع . قالوا : ولو كان المالك عالماً بعجزه لم يضمن ، اما لقدومه على الخطر ، أو أن علمه بذلك يقتضى الاذن له في التوكيل .

أقول: وفيه بالنسبة الى التعليل الاول مافى سابقه من الاشكال، اذ من الممكن أن يكون عالما بعجزه، لكن يبجوذ حصول القدرة له بعد ذلك بوجود من يساعده، أوبتجدد بعض الاسباب الموجبة للقدرة، ومع عدم امكان ذلك فانا لا نسلم أنه بمجرد علمه بعدم القدرة مع أنه انما دفعه اليه لاجل المعاملة به، وتحصيل الربح والنفع ينتفى عنه الضمان، اذ لا أقلأن يكون في بده كالامانة، ومجرد دفعه له على هذا الوجه لايستلزم جواذ فواته على مالكه، لان المدفوع اليه عاقل مكلف أمين ليس بمجنون ولا سفيه، حتى مكون المالك قد فرط بدفعه اليه ، ولكن قد تقدم لهم مثل هذا الكلام في مسئلة بيع الغنولى ، وقد أوضحنا مافعه (۱).

قالو ا : وحيث يثبت الضمان لايبطل العقد ، اذ لامنافاة بين الضمان وصحة العقد .

أقول : ويدل عليه ماتقدم في تلك الاخبار و عليه اتفاق الاصحاب من أنه مع المخالفة لما شرطه المالك فانه يضمن ، والربح بينهما .

الخامس: لو كان له مال مغسوب في يد شخص و ذاك المال موجود معين معلوم القدر ، فانه يجوز عندهم أن يقارض عليه الغاصب مع استكمال باقي

⁽١) وأما بالنسبة الى التعليل الثانى فعدم الضمان عليه انما هو من حيث أنه مأذون في دفعه الى التير ليعمل به ، فلو حصل من ذلك النسير تقريط يوجب ذهاب المال مثلافان الاول لا يضمن من حيث الاذن في الدفع ، وانما الكلام في الثاني فيراعي فيه حكم عامل المضادبة منه رحمه الله .

الشروط ، والظاهر أن الحكم اتفاقى عند الاصحاب ، اذ لم أقف على نقل خلاف فى المسئلة والظاهر أنه لااشكال فىذلك المضادبة ، وكذا لا اشكال ولاخلاف فى أنه متى وقعت المضادبة واشترى العامل وهو الغاصب بذلك المال المغصوب عروضاً ودفعه عن قيمتها ، فانه تبرى ومته من الضمان الثابت عليه بالغصب ، لانه قنى دين المالك باذنه .

انما الخلاف في انه هل تبرى و نمته بمجر دعقد المضاربة أم لا ؟ الظاهر أن المشهور الثانى ، وبالاول سرح العلامة وولده في الشرح ، قال شيخنا الشهيد الثانى في المسالك : ووجه بقياء الضمان أنه كان حاصلا قبل ولم يعصل ما يزيله ، لان عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان ، فانه قد يجامعه بأن يتعدى فلا ينافيه ، ولقوله (سلى الله عليه واله وسلم) (١) وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدى ، وحتسى لا نتها الغاية ، فيبقى الضمان الى الاداء اما الى المالك ، أو من أذن له ، والدف الياسع مأذون فيه ، فيكون من جملة الغاية . شم نقل عن العلامة أنه استقرب الباسع مأذون فيه ، فيكون من جملة الغاية . شم نقل عن العلامة أنه استقرب زوال الضمان هنا ، وتبعه ولده في الشرح ، مستنداً الى أن القراض أمانة ، فصحة عقده يوجب كون المال أمانة ، لان معنى الصحة ترتب الائس ، ولانتفاء علة الضمان لزوال الغصب ، ولانه أذن في بقائه في يده .

ثم اعترض عليه بأن معنى كون القراض أمانة من حيث أنه قراض، وذلك لا ينافى الضمان من حيثية أخرى ، كما لوكان غصباً لعدم المنافاة ، فان الضمان قد يجامعه كما اذا تعدى العامل ، الى أن قال : اما اقتضاء العقد الاذن فى القبض فضعفه ظاهر ، لان مجرد العقد لا يقتضى ذلك ، وانما يحصل الاذن بأمر آخر ولوحصل سلمنا زوال الضمان انتهى .

⁽١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٥ .

أقول: قال العلامة في التذكرة (١) وهل يزول عن الفاصب ضمان الفصب بعقد المضاربة عليه أوبدفعه الى بايع السلعة للقراض ؟ أبو حنيفة ومالك على الاول ، لانه ماسك له باذن صاحبه ، والشافعي على الثاني لعدم التنافي بين القراض وضمان الفصب كما لو تعدى فيه ، والوجه عندى الاول ، لان ضمان الغصب يتبع الغصب والغصب قدرًال بعقد القراض ، فيزول تابعه انتهى .

والظاهر أن الحق فى المسئلة هو ماذكره العلامة ، وبيانه أنه لاريبأن ترتب المنمان على الغصب ووجوب المنمان على الغاصب انما هومن حيث كون المقبوض كذلك بغيير رضا المالك ولا اجازته ، وحينئذ فلو فسر ش ان المالك رضى بالغصب واجاز قبض الفاصب ، لا يتعقبه ضمان ولا اثم ، وبذلك يعلم أن المنمان وعدمه دائر مدار الرضا بالقبض وعدمه ، ولا أظن أن شيخنا المذكور ولا غيره يخالف فى شىء مما ذكرناه .

وحينتذ فاذا حسلت المضادبة بذلك المال المغسوب قدحصل الرضا بالقبض، فيزول موجب الضمان كما عرفت.

وأما قول شيخنا المذكور أنه لا مائع من اجتماع صحة القراض مع الضمان، وهو صحيح، الا أن ذكر ذلك هنا نوع مغالطة، فانا لا نمنع ذلك، ولكنا نقول أن ثبوت الضمان متوقف على وجود سبب يقتضيه، وفي ماذكره السبب موجود، وهو المخالفة، وأما فيما نحن فيه فلاسبب له الا استصحاب الضمان وقت النصب، والاستصحاب هنا غير تام، لعروض حالة أخرى غير الحالة التي كان عليها وقت النصب، وشرط العمل بالاستصحاب على تقدير تسليم حجيته أن لا يعرض ما يخالف العلة الاولى ويرفعها، والامر هنا على خلاف ذلك، لما عرفت من عدم الرضا

⁽١) أقول: صورة كلام المتذكرة اذا ثبت هذا فاذا اشترى شيئاً للقراض وسلم المال المنصوب المى البايع صح وبرء من الضمان حيث سلمه باذن صاحبه ، فان المضاربة تضمنت تسليم المال المى البايع فى التجارة وهل يزول عن الفاصب الى آخر ماهو مذكور فى الاصل منه رحمه الله .

أولاً وحصول الرضا ثانياً وقد عرفت أن ثبوت الغصب وعدمه دائس مدار الرضا وعدمه .

وأما قوله: ان مجرد العقد لا يقتضى ذلك ، وانما يحصل الاذن بأمر آخر فلايخفى مافيه ، اما أولا فلانه قد تقدم فى سدر الكتاب تعريف البخاربة بأنها عقد شرعى لتجارة الانسان بمال غيره بحصة من الربح .

ومن الظاهر أن ثبوت شرعية هذا العقد على الوجه المذكور لاتجامع النصب، بل لايكون الامع الاذن والرضا، فكيف لايكون مجرد العقد متعيناً للرضا بالقبض، وأيضاً فانه قال في المسالك في شرح قول المصنف وهوجائز من الطرفين: اذ لاخلاف في كون القراض من العقود الجائزة من الطرفيسن، ولانه وكالة في الابتداء، ثم قد يصير شركة وهما جائزان الى آخره، وحينئذ كيف يتم كون هذا العقد وكالة في الابتداء مع البقاء على الغصب كما يدعيه، بل اللازم من الحكم بكونه وكالة هو حصول الاذن والرضا بالقبض، والا فانه لايتم الحكم بكونه وكالة وهو ظاهر.

واما ثانياً فانا لم نقسف في كلام أحد منهم على اشتراط الاذن زيادة على العقد المذكوركما لا يخفى على من تتبع كلامهم ، بل ظاهر كلامهم أن مجرد العقد مستلزم للاذن في التسرف ، وترتب سائر الاحكام .

و بالجملة فان كلامه (رحمة الله عليه) هنا لا أعرف له وجها وجيها ، وأما ثالثاً فانه لا ينخفى أنه لماكان ثمرة هذا العقد ، والغرض منه انما هو التصرف في المال والعمل به ، فكيف يتم وقوع هذا العقد من المالك مع عدم الرضا ، والاذن ما هذه الا سفسطة ظاهرة ، وقد تقدم نظير هذه المسئلة في كتاب الرهن أيضا ، والعجب من العلامة أنه في هذه المسئلة صرح بما تقلداه عنه من زوال الغصب بمجرد عقد المضاربة ، وفي الرهن اشترط الاذن في القبض زائداً على عقد الرهن ، كما قدمنا نقله عنه ثمة ، والمسألتان من باب واحد كما لا ينخفي .

والله العالم .

السادس: وهو يشتمل على فروع في المقام الاول ـ قالوا: لو قال: بسع هـنه السلمة فاذا نش ثمنها فهو قراضكان باطلا، لان شرط صحة القـراض أن يكون مال القراش عيناً معينة مملوكة للمالك، وما هنا ليس كذلك، فان ثمن السلمة حال المقد مجهول، ولانه أمركلي بعد البيع في ذمـة المالك، وهـو أيضاً غير مملوك للمالك حال المقـد، وأيضاً فان المقد معلق على شرط، وقـد تقدم أنه لايصم عندهم.

الثانى _ لو مات رب المال والمال عروض فى يد المامل ، وأقر م الوارث على العقد الاول ، فانهم سرحوا بأنه لا يصح ، لان العقد الاول بطل بالموت ، كما تقدم من أنه من العقود الجائزة التى تبطل بالموت ، فلا يصح الا بتجديد العقد من المالك الثانى ، والتجديد أيضاً غير جائز ، لانه لابد فى مال المضادبة أن يكون من التقدين ، والموجود الان عروض ، فلا يصح المضادبة بها .

ولو مات رب المال والمال فى يسد العامل كان تقداً صح تبعديد الوادث عقد القراش معه بلا اشكال ، وهل يعسح بلفظ التقسرير ؟ قيل : لا ، لانه يؤذن باستصحاب الاول وامضائه ، فانه انما يقول له : قد تركتك على ما أنت عليه ، أو أقررتك على ما كنت عليه ، والحال أن ماهو عليه قد بطل كما عرفت .

قال في المسالك : و الاقوى السحة ان استفاد من اللفظ معنى الاذن ، لان عقد القراض لا ينحصر في لفظ كغيره من العقود الجائزة ، والتقرير قد يدل عليه ، انتهى .

وهو جيد ، وفي كلامه هناكما ترى رد لما زعمه سابقاً منأن عقدالقراض لا يقتضى الاذن ، بل انما يحصل الاذن بأمر آخر فانه جمل مناط السحة هنا في الاكتفاء بالتقرير عن تجديد العقد كونه يفيد ما يفيده العقد من الاذن ، وهو ظاهر في بطلان كلامه الاول .

الثالث _ لو اختلف العامل والمالك فى قدر رأس المال فمقتضى القاعدة أن القول قول العامل بيمينه ، لانه ينكر قبض الزيادة ، والمالك يدعى اقباضها ولا فرق فى ذلك بين كون المال باقياً ، أو تالفاً بتفريط العامل ، بل المحكم فى الثانى بطريق أولى ، فإن العامل حينتذ غارم ، فالقول قوله فى القدر .

قال في المسالك: هذا كله اذا لم يكن ظهر ربح ، والا ففي قبول قوله اشكال من جريان التعليل المذكور ، وهو الظاهر من اطلاق المستف ، ومن اقتضاء انكاره لزيادة رأس المال توفير الربح ، فيزيد حسته منه ، فيكون ذلك في قوة اختلافهما في قدر حسته منه مع أن القول قول المالك فيه بيمينه ، ولانه مع بقاء المال الاسل يقتضي كون جميعه للمالك ، الى أن يدل دليل على استحقاقه الزائد ، ومع تلفه بتغريط فالمضمون قدر مال المالك ، واذاكان الاسل استحقاق المتحقاق المتحقاق المتحقاق المتحقاق المتحقاق المتحقاق المتحقاق المتحقاق المتحقاق المتعالك ، وربما قيل : ان القول قول المالك الا مع التلف بتغريط مطلقاً ، وهوضعيف جداً انتهى .

ثم انه كتب في الحاشية في بيان صاحب هذا القول: قال القائل به الامام فخر الدين في شرح القواعد.

المقصد الثالث في الربح :

وفيه مسائل _ الاولى: المشهود بسين الاصحاب أن المضادب يستحق من الربح ماوقع عليه الشرط من النصف أو الثلث أوالربع أو غير ذلك ، وهو اختياد الشيخ في المخلاف والمبسوط والاستبصاد ، وقال في النهاية ان له أجرة المثل ، والربح بتمامه للمالك ، قال : وقد روى أنه يكون للمضادب من الربح بمقداد ما وقع الشرط عليه من نصف أو دبع ، أو أقل أو أكثر ، ونقل هذا القول أيضاً عن الشيخ المفيد ، وسلاد وابن البراج .

ومرجع هذا الخلاف الى أن عقد المضادبة هل هو عقد شرعى صحيح أو باطل؟ والقول المشهور مبنى على الاول ، والثاني على الثاني .

والاول هوالمستفاد من الاخبار المتظافرة من طرق المخاصة والعامة ، وبه قال كافة العلماء من الطرفين الاما ذكرناه ، وقد تقدمت جملة من الاخبار الدالة على ذلك في المسئلة الاولى من المقصد الاول ، ومنها صحيحة محمد بن قيس (١) ومو ثقته المتقدمتان في صدر هذا الكتاب ، ومنها أيضاً زيادة على ذلك مو ثقة السحاق بن عماد (٢) عن أبي الحسن (عليه السلام) « قال : سألته عن مال المضادبة ؟ قال : الربح بيتهما ، والوضيعة على المال » .

وحسنة الكاهلي (٣) عن أبي الحسن موسى (عليه السلام) • في دجل دفع الى دجل مالا مضادبة فجعل له شيئًا من الربح مسمى . . . فابتاع المضادب متاعاً فوضع فيه ؟ قال : على المضادب من الوضيعة بقدد ماجعل له من الربح (٤) » .

احتب القائلون بالقول الثانى بأن النماء تابع للاصل بالاصالة ، فيكون الربح للمالك ، ولان هنه المعاملة معاملة فاسدة لجهالة العوض فتبطل ، فيكون الربح لصاحب المال ، وعليه أجرة المثل للعامل .

والجوابأنجميع ماذكروا انكان هومقتنى قواعدهم كما صرحوا به فى غير موضع ، الاأنه بعداستفاضة النصوص وتكاثرها كماعر فت بصحة هذه المعاملة، وفيها الصحيحة وغيرها مع عدم مخالف ولا مناقض فيها ، فانه يجب القول بصحة العقد ،

⁽۱) الكافى ج ه ص ٧٤٠ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ١٨٨ ح١١ ، الوسائلج ١٣ ص ١٨٨ ح ٢ و ٤ .

⁽٢) المصدر ح ١٥، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٦ ح ٥.

⁽٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨٨ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٦ ح ١٠

⁽٤) أقول : هذا الخير بحسب ظاهره لايخلو من الاشكال و نقل عن الشيخ أنه حمله على ما اذا كان المال بينهما شركة ، وانما أطلق طيها المضادبة مجاذاً والاقربكما ذكره بعض مشايخنا المحققين من متأخر المتأخرين هو أن يكون المراد أنه حصل ربح ثم بعلالك وضيعة فانه ينقص من ربح كل منهما بنسبة تصيبه من الربح ، منه رحمه الله .

وعدم المنرر ببجهالة الموض كما قيل مثله في المزارعة والمساقاة ، ومنع تبعية النماء للاصل .

أقول: وهذا الموضع أيضا مؤيد لماقدمنا ذكره في غير موضع من عدم وجوب الالتزام بقواعدهم، والو قوف عليها في مقابلة النسوس، فان ماذكروه هنا من القواعد المذكورة قد بنوا عليه الاحكام في جملة من المواضع، واحتجوابه في غير مقام، الا أنه لما وردت النسوس هناكما ترى على خلافها، وجب الخروج عنها مذلك، وحندت فالواجب هو الوقوف على النسوس حيثما وجدت.

الثانية: الظاهرأته لاخلاف بينهم فى أنه يشترط فى الربح الشياع ، بمعنى أن يكون كل جزء جزء منه مشتركاً ، لانه مقتضى المضادبة كما تنادى به الاخباد المتقدمة من حكمها ، بأن الربح بينهما ، يعنى كل جزء جزء منه ، ومالم يكن مشتركاً فانه خارج عن مقتضاها ، فهذا الشرط داخل فى مفهوم المضادبة .

ويتفرع عليه صور ، منها _ أن يجعل لاحدهما شيئًا معينا كعشرة دداهم مثلا ، فانه باطلاتفاقا ، وكذا لو ضم الىذلك أن الباقى بينهما ، ولانه ربما لاير سح الا ذلك القدر ، فيلزم أن يختص به من شرط له ، ويبقى الاخر بغير شيء مع أن الروايات المتقدمة قد اتفقت على أن الربح بينهما .

وبالجملة فان عقد المضاربة يقتضى الاشتراك بينهما في كل ما يعصل من الربح بمقتضى الاخبار المذكورة ، وهيهنا الربح ليس بينهما ، سواء ضم الى ذلك ان الباقى بينهما أم لا ، بل الذى بينهما انما هو بعضه على تقديس الزيادة ، وجميمه على تقدير عدم الزيادة انما هولمن شرط له ، فيبطل المقد البتة على كل من السورتين .

ومنها أن يقول: خنه قراضاً والربح لى ، ووجه الفساد فيه أيضا ظاهر ، لان مقتنى القراش كما عرفت من النسوس واتفاق كلمة الاسحاب الاشتراك فسي 741

الربح ، وقوله : والربحلي ينافي ذلك ، وحينتُذ فلا يصح أن يكون قراضاً البتة ، وهل يكون في هذه الصورة بضاعة ؟ بمعنى أن العامل لايستحق على عمله أجرة كما هو المقرر في البضاعة ، أم يكون قراضا باطلا؟ للإخلال بشــرط القراض مم التصريح بكونه قراضاً ـ وجهان : والمشهور الثاني لما ذكر ، وعلى تقديره حينتَّذ قراضاً يكون الربح للمالك خاصة ، لانه نماء ماله ، وعليه أجرة المثـل للعامل ، هذا مقتضى قواعدهم ، وبه صرحوا هنا .

قسل: ووجه الأول النظر الى المعنى ، فانه دال على البناعة ، وانكان ملفظ القراش ولان السناعة توكيل في التجارة تبرعاً ، وهو لا يختص بلفظ ، وما ذكر دال عليها ، ولانه لا يحكم بالغاء اللفظ ما أمكن حمله على السحة ، وذكر القراض وانكان منافياً بحسب الظاهر ، الا أنه يمكن أن يكون مأخوذا من معنى المساوات التي هي أن مكون من أحدهما المال ، ومن الاخر العمل ، من غير التفات الي أمر آخر ، وهو أخذ مااشتق منه المعنى الشرعي .

ولوقيل: أن ذلك بحسب اللغة، والحقيقة الشرعية تأباه، أمكن أن يتجوز فيه ، فان الحقايق اللغوية تسير مجازاة شرعية ، وهو أولى من الفساد انتهى .

أقول: لايخفي مافيه من التكلف البعيد، والتمحل الغير السديد، ولو انفتح هذا الباب في مفاهيم الألفاظ ، لانفتح الباب في الجدال ، واتسعت دائسة القبل والقال.

وكيفكان فالمسئلة لخلوها من الدليك الواضع لايخلو من الاشكال، كغيرها مما جرى في هذا المجال.

بقى الكلام في أن ظاهر الاصحاب أنه _ مم الحكم بكونه قراضاً فاسداً _ يكون الربح للمالك ، وللعامل أجرة المثل كما عرفت .

وقال العلامة في المختلف بعد أن نقل عن الشيخ في الخلاف والمسوط أنه لو قال : خذه قراضاً على أن الربح كله لى ،كان قراضاً فاسداً ولايكون بضاعة ــ مالفظه: والوجه عندى أنه لاأجرة للعامل، لانه دخل على ذلك فكان متبرعا بالعمل، فلا أجرة له حينتُذ، وظاهره أنه وانكان قراضاً فاسداً فانه لاأجرة له لدخوله مع عدم تعيين أجرة، فكان عمله تبرعا، وقواه فى المسالك، الا أنه احتمل بناء كلام العلامة على البضاعة أيضاً، ولا يخلسو من قوة، اما بالنسبة الى البضاعة فظاهر، وأما بالنسبة الى القراض، فلما عرفت من فساده، ودخول العامسل فيه على هذا الوجه.

هذا اذا لم ينضم الى الكلام المذكور ما يفهم منه ادادة أحد الامرين المذكورين من القراش ، أو البضاعة من القرائن الحالية أو المقالية ، والاكان العمل على ذلك ، ومايقتضيه من صحة أو بطلان .

ومنها أن يقول: خنه قراضاً والربح كله لك ، وقد عرفت آنفاً وجهالفساد فيه ، وأنه لايصح قراضاً ، وهل يكون ذلك قرضاً بالتقريب المتقدم في البضاعة بالنظر الى تلك العبادة ، أو قراضاً فاسداً كما تقدم أيضاً ، فعلى الاول يكون الربح كله للعامل ، والمال مضمون عليه ، كما هو شأن القرض ولاشيء للمالك وعلى الثانى قالربح كله للمالك ، وعليه أجرة المثل للعامل .

حذا اذا لم يتحقق قسسد شيء من الامرين ، بأن لم يقسسد شيئاً بالكلية ، أو لم يعلم ماقسده ، والاكان قرضاً في الاول ، وقراضاً فاسداً في الثاني .

نعم لو قال في السورة الثانية : خفه فاتجر به و الربح لي ، فانه يكون بناعة بغير اشكال ، وكذا لو قال في السورة الثالثة : خذه و اتجر به والربح لك فانه قرض بغير اشكال ، والوجه في ذلك أنه لم يذكر في هاتين السيغتين ما ينافي البضاعة في الاولى ، والقرض في الثانية ، بخلاف ماتقدم ، حيث قال : خذه قراضاً وأضاف اليه و الربح لى ، أو لك فسرح بأن الاخذ قراضاً وهو حقيقة شرعية في العقد المخصوص الذي يترتب عليه الشركة في الربح ، مع أنه قد ضم اليه ما ينافي ذلك من قوله « والربح لى أو لك » ولو قال : خذه على النصف فالظاهر العمحة ذلك من قوله « والربح لى أو لك » ولو قال : خذه على النصف فالظاهر العمحة

لان المتبادر من ذلك أن الربح بينهما تعفين ، وهو متضمن لتعيين حصه العامل وكذا لو قال : على أن الربح بيننا ، فانه يقتضى التوزيع بينهما انسافاً ، قيل : ان الوجه في ذلك استوائهما في السبب المقتضي للاستحقاق ، والاصل عدم التفاضل كما لو أقر لهما بمال ، وكما لو قال المقر : الشيء الفلاني بيني وبين زيد .

ونقل عن بعض الشافعية الحكم بيطلان العقد ، لان البينية تصدق مع التفاوت فحيث لم يبينها يتحمل استحقاق الربح ، ورد بمنع صدقها على غير المتساوى مع الاطلاق .

تعم لواتشم اليه قرينة سح حمله على غيره بواسطتها ، وعلل بعضهم المحكم بالمناسفة في هذه العبارة ، بأن قوله : الربح بيننا ظاهر في ان جميع مايربح يكون بيننا و هو يرجع الى أن كل جزء جزء مما يصدق عليه الربح فائه بينهما وهو يقتضى المناسفة بالااشكال ، وبه يظهر ضعف ماتعلق به ذلك القائل بالبطلان من أن البينية تصدق مع التفاوت ، فان دعوى صدقها ممنوع لما عرفت .

أقول: في دعوى ثبوت المحكم بالمناسغة من هذه العبادة اشكال، وذلك لان هذه العبادة قد تكررت في الاخباد المتقدمة من قولهم (عليهم السلام): د والربح بينهما » ولو اقتمت المناسغة كما يدعونه لكان الحكم في الممنادبة هو أن يكون للعامل النصف مطلقاً ، مع أنهم لايقولون بذلك ، وانما فهموا منها مجرد الاشتراك ، كما هو قول هذا البعض من الشافعية هنا، وبه يظهر قوة القول مالمطلان ، كما ذهب اليه هذا القائل .

ولو قيل: ان بعض روايات المسئلة قد اشتمل على أنه بينهما على ماشرط فيقيد به اطلاق تلك الاخبار ، قلنا : هذا مما يؤيد ما ذكرناه ، باشعاره بانه لولا التقييد لكان مدلول العبارة هو الاشتراك مطلقاً كيف اتفق فكيف يحكم هنا باقتضائها المناصفة .

قيل : ولو قال : على أن لك النصف صع ، ولو قال : ان لي النصف واقتصر

بطل ، وعلل وجه الغرق بين السيغتين بصحة الاولى ، وبطلان الثانية ، بأن الربح لماكان تابعاً للمال والاصل كونه للمالك لم يفتقر الى تعيين حصته ، فان عينها كان ذلك تأكيداً ، وأما تعيين حصة العامل فلابد منه ، لعدم استحقاقها بدونه ، فاذا قال : النصف لك ، كان تعييناً لحصة العامل ، وبقى الباقى على حكم الاصل وأما اذا قال : النصف لى لم يقتض ذلك كون النصف الاخر لغيره ، بل هو باق على حكم الاصل على حكم الاصل أيناً ، فيبطل العقد .

وربما قيل: بانه يحتمل السحة أيضاً ، وحمل النصف الآخر على حصة العامل نظراً الى عدم الغرق بين السيغتين عرفاً وعملا بمفهوم التخصيص ، اذ لوكان النصف الآخر له أيضاً لم يكن لهذا التخصيص وجه ، ورد بعدم استقرار العرف على ذلك وضعف دلالة المفهوم .

أقول: والحكم لايخلو من شوب الاشكال، وان كان للحكم بالبطلان نوع قرب لما ذكر، والله العالم.

الثالثة: قالوا: لو شرط أحدهما لغلامه حصة من الربح ، صح ، عمل الغلام أم لم يعمل ، أما لو شرط لاجنبي فانه لا يصح الا أن يكون عاملا.

وقيل: يصبح وان لم يكن عاملا، أقول: وتفصيل هذه الجملة يقم في مواضع ثلاثة: أحدها _ أنه متى شرط أحدهما لغلامه حصة، فانه يصبع، والحكم فيه مبنى على عدم ملك العبدكما هو المشهور، فانه يرجع حينئذ الى سيده، فهو في معنى مالوشرط أحدهما حصة ذائدة على حصته، ولانزاع في الصحة.

أما لو قلنا بملك العبد كان العكم فيه كاجنبى الاتى حكمه ، وثانيها ــ لوشرط لاجنبى فانه لايسح الا أن يكون عاملا ، والوجه فيه أنه حيث أن الاصل في الربح أن يكون بين المالك والعامل خاصة ، أما المالك ففي مقابلة ماله ، وأما العامل ففي مقابلة عمله ، فلا يسح ادخال الاجنبى في ذلك ، ولا جعل شيء من الربح له .

نعم اذا كان عاملا كان بمنزلة العامل المتعدد، فلا يكون أجنبياً، ومن هنا ربعا ينقدح اشكال في المقام، وهو أنه متى شرط العملكان من قبيل العامل المتعدد كما ذكرتم، مع أن المفروش كونه أجنبياً، وحينتذ فلا معنى لكونه أجنبياً عاملا، لان الاجنبى من لا مدخل له في العمل.

والجواب أن العامل في هذا الباب حيثما يطلق انما يراد به المغوض اليه أمر التجارة كما تقدم ، وأنه وكيل عن المالك ، والمسراد بالعامل هنا بالنسبة الى هذا الاجنبي ليس كذلك ، بل المراد به من له دخل في العمل في الجملة ، كأن شرط عليه حمل المتاع الى السوق ، ومن السوق الى البيت مثلا ، ونحو ذلك من الاعمال البحزئية المخصوصة ، ولهذا انهم اشترطو! هنا ضبط العمل بما يرفع الجهالة ، وأن يكون من أعمال التجارة ، لئلا يخرج عن مقتضاها .

وثالثها انه قيل: بصحة الشرط للاجنبى وان لم يكن عاملا ولامدخل له في العمل بالكلية ، و كأنه لعموم(١) * المؤمنون عند شروطهم > و «أوفوا بالعقود > (٢) وعموم أدلة وجوب الوفاء بالوعد، وقد تقدم نظيره في مواضع عديدة .

وقيل: ان هذا المشروط انكان مع العمل فهو للعامل كما تقدم ، وان لم يجامعه عمل فهو للمالك ، رجوعاً الى أسله ، لئلايخالف مقتنى العقد، ولقدوم العامل على أن له ماءين له خاصة .

أقول: قد تقدم في غير مقام مافي هذا التعليل أعنى قوله لئلا يتخالف مقتمنى العقد، فانه جاد في جميع الشروط، فان الشرط في العقيقة بمنازلة الاستثناء ممادل عليه العقد، والادلة على وجوب الوفاء بالشروط هي دليل الاستثناء المذكور، وقد تقدم تحقيق ذلك.

الرابعة : قالوا : لو قال : لانشين لكما نسف الربح صبح ، وكانا فيه سواء

⁽١) التهذيب ج٧ص١٧٦ ح٣٠ ١٥، الاستصار ج٣ع٥٨، الوسائل ج١٥ص٠٣ع٤

⁽٢) سورة المائلة الآية ١.

ولوفضل أحدهما صحأيضاً وانكان عملهما سواء، وعلل الحكم الأول وهو تساويهما مسع الاطلاق باقتضاء الاشتسراك وأن الاصل عدم التغضيل ، ولانه المتبادر منه عرفاً كما سبق في قوله بيننا .

أقول: لا يخفى مافيه ، فان اقتضاء الاشتراك التساوى ممنوع ، بل هو أعم ، وهو أول المسئلة أيضاً ، ودعوى أنه المتبادر منه عرفاً كذلك ، وقد تقدم ما فى الاستناد الى قوله « بيننا » من أن ظاهره انما هو الاشتراك مطلقاً كما هو ظاهر الاخباد ، لا التنصيف كما ادّعوه ، وعلل الثانى وهو تفصيل أحدهما مع استوائهما فى العمل بأن غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير ، وهمو مما لا منافاة فيه لان الامر فى الحصة داجع الى مايشترطانه ، ويتغفان عليه قل أو كثر ، ولان العقد الواحد مع اثنين فى قوة عقدين فيصح ، كما لو قارض أحدهما فى نصف المال بنصف الربح ، والاخر فى النصف الاخر بربع الربح ، فانه جائز اتفاقاً مع تساويهما فى العمل ، والخلاف هنا انما هو من بعض المامة ، حيث اشترط التسوية بينهما فى الربح مع التساوى فى العمل ، قياساً على اقتضاء شركة الابدان ذلك ، والاصل والفرع عندنا باطلان .

الخامسة: لو اختلفا في نصيب العامل فان مقتصى القواعد السرعية أن القول قول المالك بيمينه ، لانه منكر لما يدعيه العامل من الزيادة ، ولان الاختلاف في فعل المالك الذي هو تعيين العصة وهو أبصر به ، ولان الاصل تبعية الربح لرأس المال ، فلا يخرج عنه الا ما أقر المالك بخروجه ، والمعتمد من هذه الوجوه هو الوجه الاول ، فانه المعتمد بالنصوص المحيحة السريحة ، وما عداه من المؤيدات الواضحة .

وقيل: ان هذا مع عدم ظهور الربح ، أما معه فالحكم هو التحالف، لان كلا منهما مدع ، ومدعى عليه ، فان المالك يدعى استحقاق العمل الصادر بالحصة الدنيا ، والعامل ينكر ذلك ، فيجى القول بالتحالف ، لان ضابطه كما

سلف فى البيسع أن ينكر كل واحد منهما ما يدعيه الاخر ، بحيث لا يجتمعان على أمر ويختلفان فيما زاد عليه ، ورد بأنه ضعيف ، لان نفس العمل لا يتناوله الدعوى ، لانه بعد انقضائه لامعنى لدعوى المالك استحقاقه ، وكذا قبله ، لان العقد الجائز ، لا يستحق به العمل ، وانما المستحق المال الذى أصله للمالك ، وحقيقة النزاع فيه فيجى ويه ماتقدم من الاصول وهو جيد .

السادسة: الظاهر أنه لا اشكال فيما لو دفع المالك مال القراض في مرض الموت على الوجه المعتبر من تعيين الحصة من الربح للعامل وضوه، لوجود المقتنى وهو دخوله تحت الادلة الدالة على مشروعية القراض وصحته، وعدم المانع ، اذ ليس الا ما ربما يتوهم من التفويت على الوارث بالنسبة الى الحصة المعينة للعامل من الربح ، وادخال النقص عليه بذلك ، فيتعلق به الخلاف بين كونه من الاصل أو الثلث ، والحال أنه ليس كذلك اذ لاتفويت على الوارث في السورة المذكورة.

ومحل الخلاف في تلك المسئلة انما هو ما يتبرع به المريض من المال الموجود حال التبرع و هنا ليس كذلك ، لأن الربح غير موجود يومئذ ، بل هو متوقع الحصول ، وقد لا يحصل فلا يتصف بكونه ما لا للمريض ، ليترتب عليه الخلاف المذكود ، ثم انه بعد حصوله فهو متجدد بسعى العامل بعدالعقد ، فليس للوادث فيه اغتراض ، ولا نزاع بوجه من الوجوه ، وهو ظاهر ، ولا فرق في تلك الحصة المعينة للعامل بين كونها قدر أجرة المثل أو أكثر أو أقل حسبما مر في غير هذه الصورة من صور القراض .

وبالجملة فان مقتضى الادلة كما عرفت صحة المعاملة المذكورة حستى يقوم دليل على البطلان، وليس فليس، والله العالم.

السَّابِعة : يملك العامل من الربح بظهوره من غير توقف على انشاض العروض ولاقسمة المال بينهما ، قال في المسالك : هذا هو المشهور بين الاسحاب بل لايكاد

يتحقق فيه مخالف ، ولا نقل في كتب الخلاف عن أحد من أصحابنا مايخالفه ووجهه مع ذلك اطلاق النصوص بأن العامل يملك ما شرط له من الربح وهو متحقق قبل الانتاض ، وقبل القسمة ، ولان سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع في العقد ، فيجب أن يثبت مقتضاه متى وجد ، لان الربح بعد ظهوره مملوك ، فلابدله من مالك ، ورب المال لا يملكه اتفاقاً ، ولا يثبت احكام الملك في حقه ، فيلزم أن يكون للعامل ، اذ لا مالك غيرهما اتفاقاً .

أقول: ومن أظهر الادلة على ذلك مارواه الشيخ والصدوق عن محمد بسن قيس (١) في الصحيح « قال: قلت لابي عبدالله (عليه السلام) رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه، وهو لا يعلم، قال: يقوم فان زاد درهما واحداً عتمق، واستسعى في مال الرجل»، و التقريب فيها انه لو لم يكن مالكا لحصته بمجرد الظهور لم ينعتق عليه أبوه في الصورة المفروضة في الخبر، مع أنه قد حكم بأنه بعد تقويم العبد فان حصل في الثمن زيادة على رأس المال ولو درهم، فانه ينعتق الابتاق انما هو دخوله في ملكه بتلك الحصة فيسرى العتق في الباقي كما هو القاعدة في العتق.

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه قد نقل فخر المحققين عن والده العلامة .

ان في هذه المسئلة أقوال أربعة :

أحدها . أنه يملك بمجرد الظهور كما عرفت .

وثانيها - أنه يملك بالانشاض لانه قبل الانشاض غير موجود خارجاً بل مقددموهوم ، والمملوك لابد أن يكون محقق الوجود ، فيكون الظهور موجباً لاستحقاق الملك بعد التحقيق ، ولهذا يورث عنه ويشمن حصة من أتلفها سوى المالك والاجنبى .

و ثالثها أنه يملك بالقسمة ، لانه لو ملك قبلهالكان النقصان الحادث بعد

⁽۱) الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٠ ح ٢٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٨ ح ١ ٠

ذلك شايعاً في المال كسائس الاموال المشتركة ، والتالي باطل ، لانحصاره في الربح ، ولانه لوملك لاختص بربحه ، ولان القراض معاملة جائزة والعمل فيها غير مضبوط ، فلايستحق العوض فيها الا بتمامه ، كمال البعالة .

ودابعها - أن القسمة كاشفة عن ملك العامل، لان القسمة ليست من الاسباب المملكة، والمقتضى للملك انما هو العمل، وهى دالة على تمام العمل الموجب للملك قال فى المسالك بعد نقل هذه الاقوال: وفى التذكرة لم يذكر فى المسئلة عن سائر الفقها عمن العامة والخاصة سوى القولين الاولين، وجعل الثانى للشافعى فى أحد قوليه، ولاحمد فى احدى الروايتين، ووافقا فى الباقى على الاول، ولاندرى لمن ثبتت هذه الاقوال، وهى مع ذلك ضعيفة المأخذ فانا لانسلم ان الربح قبل الانضاض غير موجود، لان المال غير منحصر فى النقد، فاذا ارتفعت قيمة العرض فرأس المال منه ماقابل قيمة رأس المال والزائدربح وهو محقق الوجود، ولوسلم فرأس المال منه ماقابل قيمة رأس المال والزائدربح وهو محقق الوجود، ولوسلم موجود فى الخارج بل هو فى الذمة امركلى هذا ما على الثانى.

وعلى الثالث انه لاملازمة بين الملك وضمان المحادث على الشياع ويبعوز ان يكون مالكا ويكون مايملكه وقاية رأس المال فيكون الملك متزلز لا فاستقراره مشر وطبالسلامة ، وكذا لامنافاة بين ملك الحصة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك ولانه لواختص بربح نصيبه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ولايثبت بالشرط ما يتخالف مقتضاه ولان القسمة ليست من العمل في شيء فلامعنى لبعلها تمام السبب في الملك فلاوجه لالحاقها بالجعالة وقد نبه عليه ولوسلم انه غير محقق الوجود في الوجه الرابع ومن ضعف ماسبق يستفاد ضعف الرابع لانه متر تب عليها انتهى كلامه زيد مقامه وهو جيد وجيه كما لا يخفى على الفطن النبيه .

ثم انه ينبغى ان يعلم انه وانكان العامل يملك حصته بمجرد ظهور الربح الا انه يكون ملكاً متزلز لا مراعاً بانضاض جميع المال أو قدر رأس المال مع

الفسخ أو القسمة حيث ان الربح وقاية لرأس المال فيجبر به ماوقع في التبعادة من تلف وخسران ، سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أومر تين ، وفي صفقة أوصفقتين ، وفي سفر أو سفرين ، لان معنى الربح هو الزائد على دأس المال مدة المقد ، فلو لم يفضل منه شيء بعد أن حصل وجبرت بالتبعادة فلا ربح ، وهو موضع وفاق كما ذكره في المسالك ، وسيأتي الكلام _ انشاء الله تعالى _ في بعض ما يدخل في هذا المقام من الاحكام ، والله العالم .

المقصد الرابع في اللواحق:

وفيه مسائل: الاولى - لاخلاف بين الاصحاب في ان العامل أمين فيقبل قوله في التلف بغير تفريط بيمينه ، سوا كان التلف ظاهراً كالحرق أو خفيا كالسرق ، وسواء أمكن اقامة البيئة عليه أم لم يمكن ، وكذا يقبل قوله في الخسادة ولا يضمن الامع التفريط ، وقد تقدم الكلام في الاختلاف في قدر رأس المال ، وأن الاظهر قبول قول العامل بيمينه في الموضع السادس من المقصد الثاني (١) وكذا الاختلاف في حصة العامل وان الاظهر فيها أن القول قول المالك بيمينه في المسئلة الخامسة من المقصد الثالث (٢) .

وبقى الكلام هنافى الاختلاف فى الرد، فهل يقبل قول العامل فى دد المال الى المالك أملا ؟ قولان: أولهما للشيخ فى المبسوط قال: اذا ادعى العامل دد المال الى المالك فهل يقبل قوله ؟ فيه قولان: أحدهما وهو الصحيح أنه يقبل قوله.

أقول: وقد علل ذلك بأنه أمين كالمستودع ، ولما فى عدم تقديم قوله من المسرد لجواز أن يكون صادقاً فتكليفه بالرد ثانياً تكليف مالايطاق، والمشهوريين الاستحاب الثانى ، لاصالة العدم ، ولان المالك منكر فيكون القول قوله بيمينه ، كما هو القاعدة المتفق عليها نساً وفتوى ، كما أن العامل فى ذلك مدع فعليه

⁽۱)ص ۲۲۸

⁽۲) ص ۲۳۲

البيَّنة بمقتضى القاعدة المذكورة وثبوت قول العامل في دعوى التلف لدليل خارج لايقتضى ثبوت قوله مطلقا.

وأما ماعلل به من أنه أمين كالمستودع وكل أمين يبجب قبول قوله ، ففيه منع كلية الكبرى ، والفرق بين العامل هنا وبين المستودع ظاهر ، فان العامل هنا قبض لنفع لنفع نفسه والمستودع قبض لنفع المالك ، وهومحسن محض ، فلايناسب اثبات السبيل عليه بعدم قبول قوله ، لمافيه من الضرد .

وأما ما علل به هنا من الضرر لولم يقدم قوله ، فانه مدفوع بأن الحكم بذلك لما ثبت شرعاكما عرفت من أنه مقتضى القاعدة المتقق عليها نسا وفتوى ، فلايلتفت الى هذا الاستبعاد ، وهذا الضرر ، فانه لو تم ذلك لجرى في كل مدعى عليه ، وهو خلاف الاجماع نسا وفتوى .

قال في المسالك بعدد كر نحو مما ذكرناه: لكن يبقى في المسئلة بحث ، وهو أنه اذا لم يقبل قوله في الرد يلزم تخليده في الحبس لـ و أس على انكاره ، خصـ وصاً مع امكان صدقه ، وهم قد تحرجوا من ذلك في الغاصب حيث يدعى التلف ، فكيف بثبوته في الامين ، الا أن يحمل على مؤاخذته ومطالبته به ، وان أدت الى الحبس الاستظهار به ، الى أن يحصل اليأس من ظهور العين ، ثم يؤخذ ممه البدل للحيلولة ، الاأن مثل هذا يأتى في دعوى التلف ، خصوصاً من الغاصب ، وليس في كلامهم تنقيح لهذا المحل ، فينبغي النظرفيه انتهى .

أقول: ماذكره من أنه اذا لم يقبل قوله _ فى الرد يلزم تخليده فى الحبس الى آخره _ لا أعرف له وجها وجيها بحسب نظرى القاص ، و فكرى الغاتر ، وأى موجب للحبس هنا ، وذلك فان المسئلة هنا أحد أفراد مسئلة المدعى والمنكر ، ولا ريب أن الحكم الشرعى فيها هو البيئة على المدعى ، والا فاليمين على المذكر ، فان أقام المدعى البيئة على الرد انقطمت الدعوى والا حلف المالك ووجب على مدعى الرد دفع الحق اليه . والنظر الى كونه أميناً غير ملتفت اليه

هنا ، لما عرفت آنفاً ، وكذا احتمال صدقه ، فانه جاد في كل دعوى ، وكونه كذلك بحسب الواقع لايوجب الخروج عن مقتضى الحكم الشرعى ظاهراً ، فان المنارع حكم بثبوت الحق مع قيام البيئة مطلقاً ، أعم من أن تطابق الواقع أم لا وحكم بسقوطه مع حلف المنكر مطلقاً ، والحق المدعى هنا هو الرد ، فبالبيئة يشت ، فينبغى المطالبة ، وباليمين يسقط ، وتتوجه المطالبة بالمال ، وان احتمل بحسب الواقع برائة نعته لسحة دعواه .

وبالجملة فهذا الحبس الذى ذكره فى المقام لاأعرف له وجها ولا ذكره غيره من الاعلام ، ومقتمنى الحكم الشرعى فى المسئلة انما هو ما ذكرناه ، هذا بالنسبة الى كلام الاصحاب فى المسئلة .

وأما بالنسبة الى الاخبار فالذى وقفت عليه مما يتضمن الحبس ، الروايات المتقدمة في كتاب الدين (١) ، وموردها كلها أن الامام (عليه السلام) يحبس في الدين اذ التوى الفريم حتى تبين له حاله من ملائة أو افلاس ، فاذا تبين افلاسه خلا عنه ، وفي دواية يدفعه الى غرمائه ، وان تبين ملائته استوفى الحق منه ، وما نحن فيه لاتعلق له بما دلت عليه هذه الاخبار .

نعم روى الشيخ فى الصحيح عن ذرارة (٢) عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: كان على (عليه السلام) لا يحبس فى السجن الا ثلاثة: الفاصب، ومن أكل مال اليتيم ظلماً، ومن اثتمن على أمانة فذهب بها، وان وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً»،

وهذا الخبر على ظاهره غير معمول عليه بين الاصحاب فيما أعلم ، ولذا حمله الشيخ على الحبس على سبيل العقوبة أو الحبس الطويل ، قال (قدسسره) : هذا الخبر يحتمل وجهين : أحدهما ـ انه ما كان يحبس على وجه العقوبة ، الا الشلائة الذين ذكرهم ، والثاني ـ انه ما كان يحبس طويلا الا الشلائة الذين

⁽۱) ج ۲۰ ص ۱۹۹ (۲) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٩ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٨ ص ١٨١ ح٢

استثناهم ، لأن الحبس في الدين انما يكون مقدار ما يتبين حاله ، انتهى ، وهو جيد .

وبالجملة فان مقتضى النظر فيما نحن فيه هو ادراجه في قاعدة الدعوى الواقعة بين كل مدع ومنكر ، والعمل فيه بما تفتضيه القاعدة المذكورة شرعاً والله العالم .

الثانية: اذا اشترى العامل من ينعتق بالشراء على المالك ، فهنا مقامان : الاول ــ أن يكون ذلك باذن المالك وعلم العامل أنه أبو المالك مثلا ولاريب في صحة الشراء لوجود شرائطها ، ولا ريب أيضاً في انعتاقه على ابنه ، كما لو اشتراه الابن بنفسه ، أو وكيل له غير العامل .

وحينتُذ فان بقى من مال المعنادبة شى و بعد الثمن كان الباقى معنادبة والا بطلت المعنادبة فى الثمن ، والوجه فى ذلك عندهم هو أن مبنى المعنادبة على طلب الربح وتعصيل الانتفاع بتقليب المال فى الشراء والبيع ، وحينتُذ فكل تصرف ينافى ذلك يكون باطلا ، ومن جملته شراء من ينعتق على المالك ، لانه موجب للخسادة ، فعنالا عن الاشتمال على الغرض الذاتى من القراض ، فتبطل المعنادبة فى ثمنه ، لانه بمنزلة التالف ، فان بقى هناك مال بعد الثمن استمرت المعنادبة فيه ، والا بطلت كما لو تلف جميع مال المعنادبة .

وهل للعامل هنا أجرة المثل أم لاشى له ؟ قـولان : الثانى منهما للشيخ فى المبسوط ، وبالأول صرح العلامة فى المختلف ، والشهيد الثانى فى المسالك(١) وهذا فى ما لو لم يكن فى العبد المشترى دبح واما لو حصل فيه دبح فهل يكون العامل شريكا فى العبد بما استحقه من حصته من الربح أو أنه لا يترتب على هذا

⁽١) هذا الخلاف انما يتجه على تقدير القول المشهور بأن حصة المامل يتملك بالظهور كما هو المؤيد المنصور ، و أما على القول بانها تملك بالانضاض أو القسمة فلا ديب في عدم استحقاق الربح حيتذ لانتفائهما ، منه رحمه الله .

الربح أثر ، وانما للعامل أجرة المثل؟ قولان : الاول منهما للشيخ في المبسوط وبالثاني صرح العلامة في المختلف .

قال في المبسوط: اذا اشترى من ينعتق على رب المال باذنه ، وكان فيه ربح انعتق ، وضمن للعامل حصته من الربح ، وان لم يكن ربح انصرف العامل ولاشيء له .

قال العلامة في المختلف بعديقل ذلك: والوجه ، الاجرة على التقديرين ، لبطلان القراش بالشراء المأذون فيه ، والوجه في القول الاول من هذين القولين هو ثبوت حصة العامل في العبد ، لتحقق الملك بالظهود كما هو الصحيح المشهود وان وجب ضمانها على المالك ، من حيث سريان العتق في العبد كما أشاد اليه الشيخ في عبارته بقوله: وضمن للعامل حصته من الربح ، ولا يقدح في استحقاقه الحصة المذكورة ، عتقه القهرى لصدوره باذن المالك .

والوجه في القول الثاني وحواختيار العلامة كما عرفت، ومثله الشهيد الثاني في المسالك (١) أيضا والظاهرأن المشهور ما أشار اليه العلامة فيما تقدم من كلامه بقوله، لبطلان القراض وتوضيحه ماقدمنا ذكره من أن هذا الشراء خارج عن مقتضي المضاربة، فان متعلق الاذن فيها اشتمل على تقليب المال بالاخذ والعطاء مرة بعد أخرى لتحصيل الربح، وهذا انما تضمن الخسارة لتعقب العتق له، وحينئذ فاذابطلت المضاربة فيه لم يترتب على ذلك الربح أثر، وانما للعامل أجرة المثل عوض عمله خاصة.

فان قيل: انه اذا كان هذا الشراء ليس من مقتضيات عقم القراض ، فانه كما لايستحق شيئًا من الربح فكذا لايستحق أجرة ، لانه خلاف مقتضى العقد ،

⁽١) قالوا: فكأنه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح وأتلفها حينئذ فيسرى على المامل مع يسار المالك ان قلنا بالسراية في مثله من العتق القهرى أو مع اختيبار الشريك السبب، ويقوم له نصيبه مع يساره والا استسمى العبد فيه، منه رحمه الله .

فالجواب أن استحقاق الاجرة ليس باعتباد هذا الامر بخصوصه بل بالنظر اليه والى غيره من المقدمات ، كالسفر للتجارة ، ونحو ذلك من الحركات والسكنات التى انما أتى بهالذلك ، ومع تسليم الانحصاد في ماذكر ، فانه انكان من الامود التى تثبت في مثلها أجرة المثل يثبت الاجرة ، والافكيفكان فالمسئلة لاتخلومن شوب الاشكال ، لعدم النص الواضع الذي ينقطع به مادة القيل والقال .

الثانى: أن يكون الشراء بغيراذن المالك ، وحينتُذ فان وقع الشراء بعين المال ، فالظاهر أن المشهود بطلانه ، بناء على ماتفدم من منافاته للفرض الذاتى المطلوب من عقد القراض ، بل اشتماله على الاتلاف المحض .

ورد ذلك بأن غايته التصرف في مال الغير بغير اذنه ، ومقتضى ذلك هو كوده فضولياً فان قلنا بصحة الغضولى فهو صحيح هنا ، وان وقف في اللزوم على اجازة المالك ، هذا مع علمه بالنسب ، وعلمه بالحكم ، وأنه ينعتق عليه قهراً .

وأما مع جهله فانه يحتمل كونه أيضاً كذلك ، لان الاذن في هذا الباب انما ينصرف الى مايمكن بيعه وتقليبه في التجارة للاسترباح ، ولا يتناول غير ذلك ، فلا يكون ما سواه مأذوناً فيه : غاية ما في الباب أنه قد التبس الامر على العامل هنا ظاهراً من حيث الجهل ، وهو لايقتنى الاذن ، وانما يقتنى عدمالائم . وبالجملة فالذي يترتب على الجهل انما هو عدمالائم والمؤاخذة ، لاالصحة وسحتمل صحة السم وسحكم معتقه على المالك قهراً ، ولا ضمان على العامل ،

ويحتمل صحة البيع ويحكم بعتقه على المالك قهراً ، ولا ضمان على العامل ، لان مقتضى عقد القراض شراء ما يترتب عليه الربح بحسب الظاهر ، لابحسب نفس الامر ، وهذا من حيث الجهل كذلك ، وظهور كونه في نفس الامر ليس كذلك لا يمنع من الصحة التي وقع عليها عقد الشراء ، ويترتب عليها العتق لاستحالة توجه الخطاب الى الغافل و الالزم التكليف بما لا يطاق .

وبالجملة فان الاحكام الشرعية انما تترتب على الظاهر لا على نفس الامر والخطابات والتكليفات انما تناط بما هوالظاهرفي نظر المكلف من حل وتحريم وطهارة ونجاسة و نحوها ، لاما كان كذلك في الواقع ، ولعل هذا الاحتمال أقرب من الاول .

وان وقع الشراء في الذمة لم تقع المضادبة ، لما تقدم في المسئلة الخامسة من المقصد الاول(١) من ان مقتضى اطلاق الاذن هو الشراء بعين المال ، وعلى هذا فلواشترى في الذمة فلا يخلو اما أن لا يعين العقد لاللمالك ولالنفسه ، وحينتُذ يكون الشراء له ظاهراً وباطنا ، وان عينه لنفسه تعين له كذلك ، وان عينه للمالك لفظاً فهو فنولى على القول بصحة الغنولى ، وان عينه له نية وقع للعامل بحسب الظاهر ، وبطل باطنا ، فلا ينعتق ، ويجب التخلص منه على وجه شرعى ، اذ ليس مملكا له في الواقع ونفس الامر للنية المذكورة السادفة عنه والله العالم .

الثالثة : _ اذاكان مال القراض لامرأة فاشترى العامل زوجهافلا يتخلو اما أن يكون الشراء باذنها ، وحينتذ يكون الشراء صحيحاً ، وينفسخ نكاحهالما قرر في محله من امتناع اجتماع الملك والنكاح .

أولايكون الشراء باذنها ، وفيه قولان : فقيل : بالصحة ، الأأنه ذكرفسى المسالك أن القائل به غيرمعلوم ، واتما ذكره المصنف بلفظ قيل : ولسم يعلم قائله .

أقول: وهذا القسول قد نقله العلامة ايضاً في القواعد في المسئلة، وعلل وجه الصحة هنا بأنه اشترى مايمكن طلب الربح فيه، ولايتلف به رأس المال، فيجوز حينئذ كمالو اشترى ما ليس بزوج.

وقيل: بيطلان الشراء المذكور لحصول الضرو على المالك به ، ويكون ذلك دليلا على عدم الرضا ، وتقييداً لما أطلقت من الاذن بدليل منفسل عقلى .

أقول: وهذان القولان حكاهما المحقق في الشرايع، واختار منهما القول بالبطلان، معللاله بأن عليها في ذلك ضرراً، وبينه في المسالك بماقدمنا ذكره،

والعلامة في الارشاد اقتصرمع عدم الاذن على القول بالبطلان جازماً به من غير نقل قول آخر غيره.

وفي القواعد قال: قيل: يبطل الشراء لتضردها به، وقيل: يصح موقوفاً، وقيل: مطلقا، وأنت خبير بأن ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك وكذا ظاهر الاردبيلي في شرح الارشاد أن مقتضى التعليل الذى ذكر في وجه البطلان هو الرجوع الى العقد الفضولي، لما عرفت من تعليل ذلك بحصول الضرد على المالك وموجب ذلك أنه لودضى المالك ذال المانع، فيكون التعبير بالعقد الفنولي أنسب من الحكم بالبطلان مطلقا، وظاهر العلامة في القواعد أن المشابهة بالعقد الفنولي والحمل عليه انما هو في جانب القول بالصحة، حيث عبر عنه بأنه يصح موقوفاً، يعنى على الاجاذة، وفيه اشارة الى أن المراد بالقول بالبطلان بأنه يصح موقوفاً، يعنى على الاجاذة كما فهمه في المسالك، ثم انه ذكر القول بالصحة مطلقا.

وبالجملة فانه قد تلخص أن اقوالهم في المسئلة ثلاثة، صحة القول بالشراء مطلقا ، وبطلانه مطلقا ، والقول بكونه كالعقد الفنولي ، ونسب في المسالك نقل الاقوال الثلاثة الى العلامة ، وهو كذلك كما سمعته من كلامه في القواعد ، الأأنه اقتص على مجرد نقلها ، ولم يرجح شيئامنها ، وفي الارشاد ظاهر ، الجزم بالبطلان مطلقا .

والظاهر أن المراد بالضرر الذى جعلوه حجة للابطال هوانفساخ النكاح ، مسع صحة الشراء ، والافان العبد بعد الحكم بصحة الشراء يكون من جملة أموال القراض ، يترتب عليه ما يترتب عليها من جواز البيع ، و تحصيل الربح .

وفى ثبوت الضرربذلك على اطلاقه اشكال ، فان ثبت دليل على أن هذاضرر يوجب بطلان الشراء ترتب عليه ما قالوه ، والا فالظاهر أن الشراء صحيح وان فسد النكاح ، وجرى العبد في مال المضاربة كغيره من أموالها . ثم انه على تقدير كون ذلك ضرراً يوجب البطلان ، فالظاهرانه يرجع الى المقد الفضولى ، لاكما هوظاهر القائل بذلك من البطلان مطلقا ، نظراً الى تلك القرينة المدعاة آنفا ، وحينتُذ فان قلنا ببطلان العقد الفضولى كما هو الاظهر وان كان خلاف الاشهر ، فالامر واضع ، وان قلنا بصحته مع وقوفه فى اللزوم على اجازة المالك ، رجع الامرالى الاجازة ، فان أجازته المرأة كان حكمه ما تقدم فى صورة ما اذاكان الشراء باذتها ، والا وقع باطلا .

اذا تقرر ذلك فاعلم أنه على تقدير القول بالبطلان مطلقا أومع عدم الاجاذة فالحكم واضح ، وأما على تقدير القول بالصحة ، فانكان مستند الصحة انما هو اذن المرأة في الشراء ، أو اجازتها ذلك ، بناء على كون العقد فضولياً لم يضمن العامل ما فاتها من المهر والنفقة ، لان فواته مستند الى اذنها ورضاها .

وأما على القول بالصحة مطلقا وان لم يستند الى اذنها أورضاها كما هوأحد الاقوال الثلاثة المتقدمة ، فان العامل يضمن المهرمع علمه بالزوجية ، وهوالذى صرح به فى القواعد ، وغيره فى غيره ، ودبما قيل ، بضمانه فى هذه الصورة مافات مطلقا من مهر ونفقة ، وهو فى المهر كما ذكرنا ظاهر ، فانه جاء التغويت من قبله لعلمه بالزوجية ، وأن ملكها له موجب لبطلان النكاح وذهاب المهر ، ومع هذا شراه .

أما في النفقة فمشكل كما ذكره في المسالك ، قال : لانها غير مقدرة بالنسبة الى الزمان ، ولامو ثوق باجتماع شرائطها ، بل ليست حاصلة لائمن جملتها التمكين في الزمان المستقبل ، وهو غير واقع الآن ، الى أن قال : والظاهر اختصاصه بالمهر على هذا القول ، وهو الذي ذكره جماعة ، انتهى وهو جيد ، والله العالم .

المسئلة الرابعة: لو اشترى العامل أباه أو من ينعتق عليه ، فان ظهر فيه ربح حال الشراء ، فالأشهر الاظهر انه ينعتق نصيب العامل من العبد بقدد ماله من

الربع فيه ، ويستسعى العبد في الباقى ، وهو حصة المالك سوا كان العامل مؤسراً . أومعسرا .

وعلى هذا يدل صحيحة محمدبن قيس (١) • قال : قلت لابى عبدالله (عليه السلام) : رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة ، فاشترى أباه وهو لا يعلم ؟ قال : يقوم فان زاد در هما واحدا اعتق واستسعى في مال الرجل ، والحكم المذكور مبنى على تملكه الربح بمجرد الظهور ، كما هومدلول الصحيحة المذكورة ، وهو الاشهر الاظهر .

وأما على القدول بأن الملك انما يعصل بالقسمة أو الانتاس فان البيع صحيح، الا أنه لا ينعتق لعدم الملك حينتذ، واطلاق الحكم بالاستسعاء شامل لما لو كان العامل مؤسراً أو معسرا، فان عدم الاستفصال دليل على العموم في المقال، حيث حكم (عليه السلام) بالاستسعاء، ولم يفصل فيه بين كون العامل مؤسراً أو معسراً وهو ظاهر.

وقيل: بأنه مع اليسار يقوم على العامل ، لاختياره السبب ، وهو موجب للمسراية ، لأن اختيار السبب اختيار المسبب ، وحملت الرواية على اعسار العامل جمعاً بين الادلة ، أو على تجدد الربح بعد الشراء .

وفيه أن الرواية المذكورة دلت على أنه اشترى أباه وهو لايعلم أى لايعلم بكونه أباه ، فكيف يتم اختياره للسبب ، وهو لايعلم حال الشراء .

نعم يحتمل صحة ماذكروه على تفدير العلم ، الا أنه خارج عن مورد العبر ، فلا يحتاج الى الجمع بما ذكروه ، وقيل : ببطلان البيع لانه مناف لمقصود القراض ، اذ الغرض هو السعى للتجارة التى تقبل التقليب للاسترباح وهذا الشراء بتعقب العتق له ينافى ذلك ، فيكون مخالفاً للتجارة ، فيكون باطلا

⁽۱) الكانى ج ه ص ٢٤١ ح ٨ وفيه عن محمد بن ميسر ، الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٣ الوسائل ج ١٣ ص ١٨٨ ح ١٠

لعدم الاذن فيه ، أو موقوفاً على الاجاذة .

وفيه أنه اجتهاد في مقابلة النص الصحيح ، فانه دل على الصحة ، لكن مورده كما عرفت جهله بكونه ممن ينعتق عليه ، والعجب أنه لم يتنبه أحد من الاصحاب لهذا التيد في الخبر ، بل جعلوا الحكم فيه مطلقا كما سمعت من كلامهم ، وكأنهم بنوا على أنه اذا كان كذلك مع الجهل ، فمع العلم بطريق أولى .

وفيه أنه يمكن مع العلم أنه لا يجوز له الشراء ، لما فيه من المخالفة للغرض المقصود من القراض ، كما علل به القول بالبطلان في المسئلة كما سيأتي ذكره ، ويؤيده ماتقدم في المقام الثاني من المسئلة الثانية (١) ، فيما اذا اشترى من ينعتق على المالك بغير اذنه .

أما مع الجهل فيصح ويترتب عليه ماذكر في الخبر ، وعلى هذا ينبغى اجراء الخلاف المذكود في غير مورد الخبر ، وهو العلم بكونه أباه ، فانه لخلوه من النص حينتذ قابل لهذه الاحتمالات والاقوال المتعددة ، والحكم في هذه الصورة محل اشكال لما عرفت من خروجها عنمورد النص ، مع عدم دليل واضح على شيء مما ذكروه ، سيما مع تدافع هذه التعليلات التي عللوا بهاكلا من هذه الوجوه المذكورة ، هذا كله اذا كان ظهور الربح حال الشراء .

أما لو كان بعد ذلك كتجدده بارتفاع السوق، ونحوه فاشكال، لعدم النص الدال على حكم يكون المعول عليه في هذا المجال، الا أنه يمكن أن يقال: انه بعد ظهود الربح بناء على التملك بمجرد الظهود كما هو الظاهر المشهود فانه يبجرى فيه الحكم المذكود في الخبر المتقدم، من أنه ينعتق نصيب العامل منه، ويستسعى في البافي، لان الظاهر من الخبر ترب الحكم على ظهود الربح أعم من أن يكون وقت الشراء أو بعد ذلك، فانه هو السبب في العتق، لكن

ينبغى التقييد بسورة الجهل كما أشرنا اليه آنفاً اذ مع العلم لا يبعد القول بالبطلان كما عرفت أيضا ، والله العالم .

الخامسة: قد صرح جملة من الاصحاب بأنه لما كان القراس من المقدود المجائزة، فلكل من المالك والعامل فسخه بقوله فسخت القراس، أو أبطلته أو رفعته أو تحو ذلك مما يؤدى هذا المعنى أو بقول المالك للعامل لا تتسرف بعد هذا ، أو يقول دفعت يدك ، وكذا يعصل بييع المالك المال لا بقصد اعانة العامل وحينتذ فان كان هناك دبح يقسم بعد اخراج وأس المال ، وان لم يكن ثمة دبح فللعامل أجرة المثل الى ذلك الوقت الذى حصل فيه الفسخ .

ولو كان في المالك عرومن فهل للعامل أن يبيعها بغير اذن المالك ؟ قولان: ولو طلب منه المالك الانشاش هـل يجب عليه أم لا ؟ قولان: أيضاً ، وان كان سلفاً كان عليه جبايته.

قال في التذكرة: قد بينا أن القراس من العقود الجائزة من الطرفين كالوكالة والشركة ، بل هو عينهما ، فانه وكالة في الابتداء ، ثم يعدير شركة في الانتساء ، فلكل واحد من المالك والعامل فسخه ، والخروج منه متى شاء ، ولا يحتاج فيه الى حضور الاخر ورضاه ، لان العامل يشترى وببيع لرب المال باذنه فكان له فسخه كالوكالة ، الى أن قال : اذا ثبت هذا فان فسخا العقد أو أحدهما فانكان قبل العمل عاد المالك في رأس المال ، ولم يكن للعامل أن يشترى بعده وان كان قد عمل فان كان المال ناضا ولا ربح فيه أخذه المالك أيضا ، وكان للعامل أجرة عمله الى ذلك الوقت ، وان كان فيه ربح أخذ رأس ماله وحسته من الربح ، وأخذ الها مل حسته منه ، وان لم يكن المال ناضا فان كان ديناً بأن باع نسية باذن المالك ، فان كان في المال ربح كان على العامل جبايته ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ، وان لم يكن هناك ربح ، قال الشيخ (وحمة الله عليه) بعد بعب على العامل جبايته ، وبه قال الشافعي الى آخر كلامه .

أقول: والكلام هنا يقع في مواضع: الاقل - قولهم أنه متى فسخ المالك وكان المال ناضًا ولا ربح فيه فللعامل أجرة المثل، قيل و وجهه من حيث أن عمله محترم باذن المالك، وليس على وجه التبرع بل في مقابلة الحصة، وحيث أنه فاتت بفسخ المالك قبل ظهود الربح قانه يستحق أجرة عمله الى حين الفسخ.

وفيه نظر، لانه لم يدخل الا على تقدير الحصة من الربح على تقدير وجودها، ومن الجائز أن لا يحصل ربح بالكلية، أو يحصل مع فواته بجبر نقص رأس المال، فلا يحصل له شيء بالكلية، والحصة فيما نحن فيه غير موجودة، واثبات أجرة المثل يتوقف على الدليل، فان قيل: أنه انما جعل له الحصة على تقدير استمراده الى أن يحصل، وهو يقتضى عدم عزله قبل حصولها، فان خالف فقد فوتها عليه، فيجب عليه أجرته، قلنا: لا يخفى أن مقتضى عقد القراض حيث كان من العقدود الجائزة هو جواز فسخه في كل وقت منهما، أو من أحدهما، فدخول العامل في هذا العقد مع علمه بما يقتضيه ويتر نب عليه رضاً منه بذلك فقول هذا القائل: أن العقد يقتضى عدم عزله قبل حصول الحصة، ليس في محله على أنك قد عرفت أنه يجوز أن يستمر العقد، ولا يحصل ربح بالكلية، أو يحصل ولكن يفوت بجبر نقصان رأس المال.

وبالجملة فان اثبــات هنه الاجــرة المذكورة يحتاج الى دليل داضح، وليس فليس ، والتعليل المذكور عليل بما عرفت .

وهذ البحث يأتى أيضاً فيما لو لم يكن المال تاضاً لاربح فيه ، فان الكلام المذكور جار فيه أيضا ، هذا كله فيما اذاكان القسخ من المالك .

أما لوكان النسخ في هذه الحال من العامل ، فانه لاشيء له كما هو ظاهر بعضهم ، والوجه فيه ظاهر ، لقدومه على ذلك ، وعدم صبره الى أن يحصل الربح وأجرة المثل انما أوجبوها على المالك في الصورة الاولى حيث أنه كان سبباً في تفويت الاجرة ، وحينتُذ فلا شيء له .

وفي التذكرة أطلق الحكم بثبوت الاجرة لو فسخا العقد أوأحدهما ، وكان ناضاً لا ربح ، والظاهر يعدد .

الثانى - ما ذكروه فيما اذاكان الفسخ قبل الانشاض ، وكلامهم هنا مجمل يحتاج الى توضيح وتنقيح ، فانه لايخلو فى هذه السورة اما أن يكون فى المال ربح ، أو لا ، فعلى الاول مـتى قلنا بأن الربح يملك بمجرد الظهور كما هو المسحيح المشهود ، والمؤيد المنسود ، فان اتفقا على أن العامل يأخذ حسته من تلك العروض فلا بحث ، وكذا ان اتفقا على الانشاض ، وأخذ العامل حسته بعد الانشاض .

أما لو طلب المالك من العامل الانشاص من غير ادادته ذلك ، فظاهرهم وجيوب ذلك على العامل ، قالوا : لان استحقاقه الربح وان ثبت بالظهور الا أن استقراره مشروط بالانشاش ، لاحتمال مايفتشي سقوطه .

وعندى فيه اشكال ، لان ذلك انعا يتم قبل الفسخ ، حيث أنه مقتضى عقد القراض ، وأما بعده وصيرورة العامل كالاجنبى الشريك فى ذلك العال ، فالزامه بما قالوه يتوقف على دليل واضح ، سيّما مع امكان أخذ المحمة من العروض ، فان غايشه أنه يكون شريكا فى تلك العروض ، والشريك لا يجب عليه الانتناض بطلب شريكه .

وهكذا باقى الكلام فيما لو طلب العامل الانضاض، فهل يبجب على المالك احامته أم لا؟ قولان: والظاهر العدم لما عرفت أيضا.

وبالجملة فان اثبات الوجوب على أحدهما بعد فسخ المعاملة يحتاج الى دليل واضح ، والتمسك في دفعه بالاصل أقوى مستمسك .

وعلى الثانى فان للمالك أن يأخذه ان شاء ، وهل عليه أجرة المثل للعامل هنا أم لا ؟ قولان : والكلام هنا كما تفسدم فيما اذا كان المال ناضًا ولا ربح ، كما اشرنا اليه آنفا .

وهل للعامل أن يبيعه ان أواد بغير وضا المالك أم لا ؟ قولان : أظهرهما الثانى ، لان هذه العروض ملك للمالك ، ولاتعلق للعامل فيها بوجه أذ المغروض عدم الربع والتصرف فيها بغير أذن المالك محر م بلا وبب .

وأما ما تعلق به القائل بالجواز من تعلق حق العامل به ، واحتمال وجود زبون يزيد في الثمن ، فيحصل الربح مردود. بأن تعلق حق العامل به انعا يتم مع وجود شيء من الربح ، اذ لا حق له في رأس المال ، و المغروض هنا عدم وجود ربح بالكلية ، واحتمال وجود زبون أضعف .

نعــم لوكان الزبــون موجوداً بالفعل اتبجه ماذكره ، وكان من قبيل ما لو ظهر فيه ربح كما قدمنا ذكره.

وهل للمالك في هذه الصورة الزام العامل بالانتناض أم لا ؟ قولان : أيتنا ، واستدل على الاول بقوله صلى الله عليه واله وسلم (١) • على اليد ما أخذت حتى تؤدى > وقد أخذه نقداً فيجب رده اليه ، ولحدوث التغيير في المال بفعله ، فيجب رده .

ولا يتخفى ما فيه ، فان الاخذ والتصرف بالشراء انما حصل باذن المالك ، والتغيير انما نشأ عن اذنه ، فلا يستعقب ضرراً على العامل ، والاصل عدم الوجوب ، والخبر المذكور لاعموم فيه على وجه يشمل محل البحث ، ومع تسليمه فان الاداء أعم من أن يكون بالمثل أو العوض .

وبالجملة فالاصل المدم، وحوأقوى دليل في المقام، فلايخرج عنه الابنس واضع، وكذلك أيضا الاصل بعد ارتفاع العقد، البرائـة من عمل لاعوض عليه.

الثالث ماذكروه فيما اذا كان المال سلف وتفصيل القول في ذلك أنه لاريب كما عرفت فيما تقدم أن العامل ليس له البيع بالدين الا مع الاذن ، لانه خلاف مقتنى عقد المضاربة ، وكذا ليس له الشراء نسية الامع ذلك لما ذكر ، فلو فعل بغير اذنكان الثمن مضموناً عليه ، ولااشكال في ذلك .

⁽١) المستدرة ج ٢ ص ١٠٥.

وانما الكلام فيما اذا أذن له المالك، وقد أطلق جمع منهم المعقبق فى الشرايع وجوب جبايته بعد الفسخ على العامل، وظاهر عبارة التذكرة المتقدمة تقييد ذلك بما اذا كان فى ذلك المال ربح ، وعن الشيخ القول بالاطلاق كما هو ظاهر الجماعة المذكورين ، وبه صرح فى القواعد أيضاً فقال: اذافسخ والمال دين وجب على العامل تقاضيه ، وإن لم يظهر ربح .

وبالجملة فظاهرهم الاتفاق على وجوب الانشاض في الجملة ، وانما الخلاف في تخصيص ذلك بسورة وجود الربح كما هو ظاهر التذكرة أومطلقا ، كما هو ظاهر الاكثر ، وعللوا ذلك باقتضاء المضادبة رد رأس المال عن صفته ، والزبون لا يجرى مجرى المال ، ولان الدين ملك ناقص ، والذي أخذه كان ملكا تاما فليؤد كما أخذ لظاهر د على البد ما أخذت حتى تؤدى » (١) .

وأنت خبير بما في هذه التعليلات من عدم الصلوح ، لابتناء الاحكام الشرعية عليها ، كما اشرنا اليه في غير موضع مما تقدم ، فان الوجوب والتحريم وتحوهما أحكام شرعية يتوقف على الدليل الواضح ، والادلة عندنا منحصرة في الكتاب والسنة ، وعندهم بضم الاجماع ، ولااجماع مدعى في المسئلة ، على أن ما ذكروه من التعليل المذكور معارض بأن الادانة انما حصلت باذن المالك كما هو المغروض .

وقولهم أن المضاربة تفتضى رد رأس المال على صغته مسلم مع الاستمرار على العقد ، وأما مع فسخه سيما أنكان الفاسخ هو المالك، فهو ممنوع والاسل على عدم الوجوب ، وبراثة الذمة منه ، وهوأقوى دليل حتى يقوم الدليل الواضع على خلاف. .

وأما قوله في المسالك في رد ذلك : أنه يضعف بأن اذن المالك فيه انما كان على طريق الاستيفاء لامطلقا ، بدلالة القرائن ، ولاقتضاء الخبر ذلك .

ففيه ان ذلك انمايتم مع الاستمرار على العقد المذكور لامع فسخه ، سيما اذاكان الفاسخ له هو المالك . وبالجملة فان مقتضى عقد القراض والاذن فيه هـو جميع ماذكره، وأما بعد فسخه فدعوى كون ذلك الاذن يقتضى ماذكر وه مع الحكم ببطلان العقد بالفسخ محل المنع، لاختلاف الحالين، وتغاير الحكمين من جميع الجهات، ومن جملتها هذا الموضع، والمانع مستظهر وأما دعواه اقتضاء الخبر ذلك فهو أضعف، لما عرفت، ولو تم الاستدلال بهذا الخبر على ماذكر وه للـزم منه أيضا جريان ذلك في الوكيل، اذا اشترى باذن موكله عروضا ثم عزله الموكل عن الوكالة، فانه يجب عليه بيع تلك العروض، وتنقيد الثمن، والرد على المالك كما قبضه منه ولا قائل بذلك فيما أعلم، وهم قد صرحواكما تقدم بأن عقد القراض يتضمن الوكالة، بل هو وكالة في الاولكما تقدم في كلام العلامة وغيره مع أنه لم يصرح أحد منهم في الوكالة بدلك بل الظاهر أنه متى عزله الموكل امتنع تصرفه سواء كان المال نقداً أو عروضاً.

فرع:

لو مات صاحب المال انفسخ العقد لأن موت أحدهما من جملة أسباب الفسخ ، فلوكان ذلك والمال عروض فالظاهر أنه لا اشكال في جواز بيسم العامل له مع الاتفاق على ذلك بينه وبين الوادث .

وأمامع عدم الاتفاق على ذلك فظاهر الاصحاب أن الكلام هنا حسب ما تقدم من الخلاف في صورة الفسخ مع حيوة المالك، من أنه هل لكل واحد منها مطالبة الاخر بالانساس أم لا ؟ وظاهر جملة منهم أن للعامل هنا البيع بالاذن السابق الا أن يمنعه الوارث، وفيل: انه ليس للعامل البيع، وان لم يمنعه الوارث، لان المال الان حق لغير من أذن فيه أو لا ، فلا يجوز التصرف فيه الا باذنه لبطلان العقد، وهو جيد.

وفي التذكرة نسب الاول الى المشهور بين الشافعية والثاني الى وجمه

آخر لهم أيضاً ، ونفي عنه البأس ، ووجهه ظاهر كما عرفت ، والله العالم .

السادسة: قد تقرر ان مقتضى المضاربة هو عمل العامل بنفسه ، فلا يجوز أن يضارب غيره الا باذن المالك لما فيه من التغرير بمال المالك ، والتصرف فيه بغير اذنه ، وهو محرم ، فان اذن له المالك صح وكان وكيلاً من قبل المالك في ذلك ، فان كان بعد عمل العامل الاول وقد ظهر فيه ربح فله حسته من الربح ، بناء على الاشهر الاظهر من أنه يملك الربح بمجرد الظهور .

وأما على القول بتوقفه على الانضاض أو القسمة فلا ، ولكن له أجرة المثل بمقتضى كلام الاصحاب وبه صرح فى التذكرة هنا أيضا ، وأيما كان فانه ليس للعامل الاول على هذا التقدير أن يشترط لنفسه شيئاً من الربح ، اذ ليس له مال ولا عمل هنا ، والربح تابع لهما ، ولا فرق فى هذه الصورة بين جعل الحصة للعامل الثانى بقدر حصة الاول التى وقع عليها الاتفاق بين المالك والعامل الاول ، أو أقل ، وعلى تقدير كونها أقل فان هذه الزيادة لايستحقها العامل الاول ، اذ ليس هذا عملا من أعمال التجارة التى يستحق به حصة ، بل هى للمالك ، ولو كان أذن المالك للعامل الاول فى المضاربة ، لا بهذا المعنى المذكور ، بل بمعنى ادخال من أراد ممه ، وجعلهما اثنين مثلا ، وحاصله جعل الثانى شريكا له فى العمل والحصة ، فلا مانع من ذلك ، بل يكون صحيحاً لزوال المانع الدذكور آنفا ، وهو عدم العمل ، هذا كله مع الاذن له فى المضاربة .

أما لو لم يأذن له فانه لا يصبح القراض الثاني، لما عرفت آنفاً من أنه تصرف بغير اذن المالك، وتغرير به .

وحينيَّذ فلو عمل به العامل الثاني والحال هذه وظهر فيه ربح فلا خلاف في أن نصفه للمالك، وانما الخلاف في النصف الاخر، وفيه أقوال ثلاثة: أحدها ـ أنه للعامل الاول، واختاره في الشرايع والعلامة في الارشاد وعلل

بوقوع العقد الصحيح بينه وبين المالك ، على أن يكون ذلك له ، فيستحقه لاشتراطه له ، وعقد مع الثاني باطل لما عرفت .

قالوا: وعلى هذا فللعامل الثانى على الاول أجرة مثل عمله، لانه غره. وفيه انه انما يتم مع جهل العامل الثانى أما مع علمه بكون العامل الذى ضاربه غير مالك، ولا مأذون من المالك، فانه لا يستحق شيئا، لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه مع علمه بأنه ممنوع منه، وفي هذا القول أيضاً زيادة على ماعرفت أنه لا يخلو اما أن يكون العامل الثانى قد شرى بعين المال، أو في الذمة ، وعلى الاول فان العقد يكون فنوليا ، لانه غير مأذون من المالك فينبغى بمقتضى صحة العقد الفنولى عندهم أن يكون موقوفاً على الاجازة ، فان اجازه المالك فالواجب أن يكون الربح كله له ، لان العامل الاول لم يعمل شيئا، والثانى غير مأذون .

وعلى الثانى فان نوى وصرح بالمالك فكذلك أيضا ، والا وقع لمن نواه و لنفسه ان أطلق ، وبه يظهر أن ما أطلق فى هذا القول من كون المحصة للعامل الاول ليس فى محله .

وثانيها - أن النصف الاخر للمالك ، وهـ و ظاهر العـ الامة في التذكرة قال بعد ذكر المسئلة : فان حصل ربـح فالاقرب أنه للمالك ، ثم الايخلو اما أن يكون العامل الثاني عالماً بالحال أو لا ، فان كان عالماً لم يكن له شيء ، وان لم يكن عالماً رجع على الاول بأجرة المثل ، انتهى .

و كلامه ظاهر في منع العامل الثاني من الربح وعدم استحقاقه شيئاً منه ، وأما الاول فلم يتعرمن له ، وينبغي أن يعلم أن الوجه في عدم استحقاقه ، هو انه لم يعمل شيئاً يوجب استحقاقه بشيء من الربح ، وعلى منع الثاني أيضا ، بأن عقده فاسد ، فلا يترتب عليه أثر ، والحق هو التفصيل بما تقدم في القول الاول من أن الشراء وقع بعين المال أو في الذمة حسب ما عرفت ، وبه يظهر أنه

لايتم القول بأن عقده فاسد .

وثالثها - ان النصف بين العاملين بالسوية ، اتباعاً للشرط ، خرج منه النصف الذى أخذه المالك ، فكأنه تالف ، وانحصر الربح فى الثانى ، قالوا : وعلى هذا فيرجع العامل الثانى على الاول بنصف أجرته ، لانه دخل على نصف الربح بتمامه ، ولم يسلم اليه الا نصغه .

قيل : ويحتمل هنا عدم الرجوع ، لان الشرط محمول على اشتراكهما فيما يحصل ، ولم يحصل الا النصف .

وكيفكان فينبغى أن يعلم أن هذا كله مع الجهل ليتم التوجيه المذكور والا فمع العلم فالعمل على ما تقدم من التفصيل بكون الشراء بالعين ، أو فى الذمة ، فلا يتم ما ذكر هنا .

أقدول: وهذه الاقوال الثلاثمة نقلها المحقق في الشرايع في المسئلة، واختمار الاول منها، وقال في المسالك: وهذه الاقوال ليست لاصحابنا، ولا نقلها عنهم أحد ممن نقل الخلاف، وانما هي وجوه للثافعية، موجهة ذكرها المسئف والعلامة في كتبه.

وفيه انك قد عرفت اختيار المحقق القول الاول من هذه الاقـوال الثلاثة، وهو أيضاً اختيار العلامة في التذكرة، ومثله في القواعد.

واما الثالث فلم أقف على قائل به ، وبه يظهر أن قوله فى المسالك ان هذه الاقوال ليست لاصحابنا ، وانما هى وجود للشافعية ليس فى محله ، فان ذكر الشافعية لها وجو ها فى المسئلة لاينافى اختيار أصحابنا لما يترجح عندهم منها ، بل أنت اذا تأملت بعين التحقيق عرفت أن جميع الفروع الغير المنصوصة فى اخبارنا فى جل أبواب الفقه انماهى للعامة ، وأصحابنا قد جروا على ماجروا عليه فيما يختارونه منها ، كما تقدم التنبيه عليه فى غير موضع ، ومنها هذه المسئلة .

والقول الثانى عن المزنى من الشافعية ، وقال : انه قول الشافعى فى القديم ، ثم القول الثانى عن المزنى من الشافعية ، وقال : انه قول الشافعى فى القديم ، ثم انه قال فى المسالك بعد البحث وذكر الاقوال فيها : والتحقيق فى هذه المسئلة المترتب على أصولتا أن المالك ان أجاز المقد فالربح بينه وبين الثانى على الشرط ، وان لم يجزه بطل ، ثم الشراء انكان بالعين وقف على اجازة المالك ، فان أجازه فالملك له خاصة ، ولاشى الهما فى الربح ، أما الاول فلعدم العمل ، وأما الثانى فلعدم الاذن له ، وعدم وقوع العقد معه ، والثانى أجرة مثل عمله على الاول مع جهله ، لامع علمه ، وانكان الشراء فى الذمة ونوى ساحب المال فكذلك ، وان نوى ممن عامله وقع الشراء له ، لانه وكيله و ان لم ينو شيئا أو نوى نفسه فالعقد له ، وضمان المال عليه لتعديته بمخالفة مقتضى المضاربة ، وحيث لايقع العقد للعامل الثانى فله الاجرة على الاول مع جهله ان لم يتعد مقتنى المضاربة عمداً ، انتهى .

وهو جيد الا انه في جل المواضع مبتن على القول بصحة العقد الغضولي وتوقفه على الاجازة ، وأما على القول ببطلانه كما هو الظاهر عندى وعند جملة من المحققين كما تقدم في محله فالامر واضح في جملة هذه المواضع والله العالم.

السابعة: لو أنكر العامل مال القراض فأثبته المالك بالبيّنة ، فادعى العامل بعد ذلك التلف ، فقد صرح الاصحاب بأن هذه الدعوى الاخيرة غير مقبولة ، وكذا الحكم فيما لو ادعى عليه وديعة أو غيرها من الامانات فأنكرها ، ثم بعد الاثبات ادعى التلف مكذبة لانكاره الاول وموجبة للاقرار به ، وانكاره الاول توع تعد فى المال ، والواجب عليه فى جميع هذه المواضع البدل أو القيمة .

أما لو كان جوابه لايستحق عندى شيئاً دما اشبهه لـم يضمن ، اذ ليس في

ذلك تكذيب للبيئة ، ولاللدعوى الثانية فان المال اذا تلف بكير تفريط لايستحق عليه بسببه شيئا ، وحينتُذ فيقبل قوله في التلف من غير تفريط بيمينه ، وثبوت القراش بالبيئة لاينا في جواز تلفه بعد ذلك بفير تفريط ، وقد تقدم أن العامل أمين يقبل قوله بيمينه ، وهو ظاهر .

ولوادعى الغلط فى الربح أوقدره بأن قال أولاربعت، أوربعت كذا، ثم ادعى الغلط فى ذلك ، وانه ماربح شيئًا أوربح شيئًا أقل مما ذكره أولا ، فانه يؤخذ باقراره الاول ، ولا يسمع دعوى الغلط كما هو شأن جميع الاقارير .

نعم لوقال : خسرت بعد ذلك أوتلف ، فانه يقبل قوله بيمينه كما تقدم .

ولوذكر لما ادعاه من الغلط وجهاً يمكن استناده اليه وابتناء عليه فلا يبعد قبول قوله ،كما مر مثله ، بأن ظن هنا أن متاعه يشترى بكذا وكذا زيادة على القيمة التي ابتاع بها ، فظهر كذب ظنه ، وتحو ذلك فليس فيه الا ارتكاب التجوز في اخباره بالبناء على الظن ، ومثله في باب المجاز غير عزيز والله العالم .

الثامنة: _ الظاهر أنه لاخلاف في أنه ليس لاحد من العامل والمالك استحقاق شيء من الربح استحقاقاً تاماً حتى يستوفى المالك جميع دأس ماله ، فلو كان في المال خسران وربح جيرت الوضيعة من الربح ، سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة ، أو الخسران في صففة ، والربح في أخرى أوالربح في سفر ، والخسران في سفر آخرلان معنى الربح هوالفاضل عن رأس المال ، وإذا لم يفضل شيء فلا ربح .

قال في التذكرة بعد ذكر الحكم المذكور: ولانعلم في هذا خلافا ، اذا تقرر ماذكرناه فاعلم: أنهم قد صرحوا بانه ليس لاحدهما قسمة الربح قبل فسخ العقد قسمة اجبار، بل يتوقف على رضاهما معاً، فلا يجبر أحدهما لوامتنع.

أما العامل فانه لايجبر لوطلب المالك القسمة ، لانه لايأمن أن ينحسر المال بعد ذلك ، ويكون قدخرج ما أخذه من الربح ، وفات من يده ، فيحتاج

الى غرم ماحصل لـه بالقسمة ، وفي ذلك ضرر عليه ، فلايلـزم الأجابة الى ما فيه ضرر عليه .

وأما المالك فانه لا يعجبر أيضا على القسمة لوطلبها العامل ، لان الربح وقاية لرأس ماله ، فله أن يقول : لا ادفع اليك شيئا من الربح حتى يسلم لى دأس مالى ، شم انه لو تراضيا بالقسمة قبل الفسخ ، فقد عرفت أنه لم يحصل استقرار الملك للربح ، وعلى هذا فلو حصل الخسران بعد ذلك صبر المالك الى أن ينجبر هذا النقس بتجارة أخرى ، والا فانه يجب على العامل جبره بما أخذ من الربح ، لانه لم يملك ما أخذه ملكا مستقراً ، بل مراعى بعدم الحاجة اليه لجبر الخسران ، وحينتذ فاذا اتفق الخسران بعد قسمتهما الربح دد العامل أقل الامرين مما وصل اليه من الربح ، ومما يصيبه من الخسران ، لان الاقل انكان هو الخسران ، فلا يلزمه سوى جبر المال ، والفاضل له ، وانكان هو الربح ، فلا يلزمه الجبر الابه ، فلا يلزمه سوى جبر المال ، والفاضل له ، وانكان هو الربح ، فلا يلزمه الجبر الابه ،

وتوضيح ذلك بأن نفر ض أن أصل المال مأة درهم ، والربح عشرون درهما ، والشرط أن يكون الربح بينهما تصفين ، وبموجه يكون النفسان كذلك ، فاقتسما الربح وصاد حصة العامل عشرة دراهم ثم انه اتفق نقصان المال من التجادة عشرين درهما ، فعلى العامل عشرة دراهم ، وهي تمام حصته ، لان له نصف الربح فعليه نصف النقصان ، وباقي النقصان على حصة المالك ، ولوكان الخسران ثلاثين درهما والربح كما تقدم ، فان حصته من النقصان بموجب ما عرفت خمسة عشر درهما ، وحصته من الربح الماهي عشرة ، فياخذ هنا بالاقل الذي هوحسته من الربح ، فانه لايلزم بأزيد مما يأخذه ، ولايكلف بالجبر من غير الربح ، ولوكان الخسران عشرة دراهم فان حصته من الخسران خمسة دراهم بموجب ما عرفت ، ولوكان وهيأقل من حصته من الربح التي هي عشرة كما عرفت فيؤخذ بالاول الذي هو الاقل وهيأقل من حصته من الربح التي هي عشرة كما عرفت فيؤخذ بالاول الذي هو الاقل والخمسة الاخرى على المالك ، وعلى هذا يكون الزائدله ، لان الامر هنا بالحصة ،

والرصدوالذي يتعلق بالعامل من ذلك هوالنصف ، والنصف الاخر بالمالك ، ومنه يعلم ما يتعلق بالمالك .

التاسعة: الظاهر أنه لاخلاف في أن التالف من مال التجارة كلا أوبعناً بعد دورانه في التجارة يبجبر بالربح ، والمراد بدورانه في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء ، لامجرد السفر به ، قبل وقوع شيء من ذلك ، ويمكن أن يستدل على هذا الحكم أعنى جبر الفائت كلا أوبعناً بالربح بالاخبار الكثيرة المتقدمة ، الدالة على أنه مع المخالفة يضمن المال ، والربح بينهما .

ومنها صحيحة محمد بن مسلم (١) دعن أحدهما (عليهما السلام) د قال : سألته عن الرجل يعطى المال مضادبة وينهى أن يخرج به ، فيخرج قال : يضمن المال والربح بينهما » .

والتقريب فيها ما تقدم من أن الربح هو الفاضل عن دأس المال فيما لم يغضل عن دأس المال شيء فلا دبح ، وقد ادعى عليه في التذكره الاجماع ، كما تقدمت الاشادة اليه ، وحينتذ فلا بد من جبر التالف ليحصل بقاء المال ، فما زاد على ذلك يتصف بكونه دبحاً يتعلق به القسمة بينهما ، وظاهر الاصحاب أنه لافرق في الفوائت التي بترتب عليها الخسران بين أن يكون بآفة سمادية أو بنصب غاصب أو سرقة أو نحو ذلك .

ووجه الاطلاق فى ذلك ما عرفت من أن الربح وقاية لرأس المال فما دام المال لا يكون موجوداً بكماله ، فلا دبسح ، ودبما قيسل : باختصاص الحكم بما لا يتعلق فيه المنمان بنعسة المتلف ، لانه حينئذ بمنزلة الموجود فلا حاجة الى جسبره ، و لانه نقصان لا يتعلق بتعسرف العامل وتجادته بخلاف النقصان الحاصل بانتخاص السوق ونحوه : والمشهود عدم الغرق .

قال في التذكرة : لو حصل في المال نفس بالخفاض السوق ، فهو خسران

⁽۱) الكلفي ج ه ص ۲٤٠ ح ٢ الوسائل ج ١٣ ص ١٨١ ح ١٠

مجبور بالربح ، وكذا ان نقص المال بمرض حادث أو بعيب متجدد ، وأما ان حصل نقص في العين بأن يتلف بعنها فان حصل بعد التصرف في المال بالبيع والشراء ، فالاقرب انه كذلك ، وأكثر الشافعية على أن الاحتراق وغيره من الافات السماوية خسران مجبور بالربح أيضا .

وأما التلفبالسرقة والنصب ففيه لهم وجهان ، وفرقوا بينهما بأن في النصب والسرقة يحصل الضمان على الغاصب والسارق ، وهو يجبر النقص فلا حاجة الى جبره بمال القراض ، وأكثرهم لم يفرقوا بينهما ، وسووا بين التلف بالافة السماوية وغيرها ، فجعلوا الوجهين في النوعين : أحدهما المنع ، لانه نقسان لا تعلق له بتصرف العامل و تجارته ، بخلاف النقسان الحاسل با نخفاض السوق ، وليس هو بناش من نفس المال الذي اشتراه العامل ، بخلاف المرض والعيب فلا يجب على العامل جبره .

وكيفكان فالاصح عندهم أنه مجبور بالربح انتهى كالامه.

وبه يظهر لك أن ماذكره الاصحاب في المقام مأخوذ من كلام الشافعية هنا ، كما أشر تا اليه فيما تقدم ، وهذا كله فيما اذا حصل التلف في المال بعد دورانه في التجارة .

أما لوكان قبلذلك فلايخلو اما أن يكون التالف الجميع أو البعض ، وعلى الثانى فالاقرب عندهم جبره بالربح ، كما لودفع له مأة فتلف منها قبل الاستعمال خمسون ، فانه يجبر التالف بالربح ، لانه تعين للقراض بالمقد والدفع الى العامل وقبض العامل له ، وحينتذ يكون رأس المال مأة كذا صرح به في التذكرة.

وعلى الاول فالذى صرح به فى التذكرة ، هوأنه انكان الثلف بآفة سماوية أو من جهة المالك انفسخ العقد ، لزوال المال الذى تعلق به العقد ، فان اشترى بعد ذلك للمضاربة كان لازماً له ، والثمن عليه ، سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهل ذلك ، الأأن يبجيز المالك الشراء ، فان أجاز احتمل أن يكون

قراضاً ـ كما لولم يتلف المال _ وعدمه كما لولم يأخذ شيئا من المال ، أمالو أتلفه أجنبي قبل دورانه في التجارة ، وقبل تصرف العامل فيه ، فان العامل يأخذه بماله ، ويكون القراض باقيا فيه ، لان القراض كما يتناول عين المال فكذا يتناول بدله كاثمان السلعة التي يبيعها العامل ، والمأخوذ من الاجنبي عوضاً بدل .

وقال في المسالك: انه أى تلف المال كلا قبل الدوران موجب لبطلان العقد ، فلايمكن جبره ، الا أن يحمل على مالو أذن له في الشراء في الذمة فاشترى ، ثم تلف المال ونقد عنه الثمن ، فان القراض يستمر ويمكن جبره حينتذ بالربح المتجدد ، كلامهما متفق على البطلان في السورة المذكورة الامم التأويل بما ذكره كل منهما ، وان تغاير التأويلان .

وقال في الشرايع: اذاتلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح ، وكذالوتلف قبل ذلك ، وفي هذا تردد.

قال في المسالك: وجه التردد فيما لوكان تلفه قبل الدوران من أن وضع المضادبة على أن الربخ وقياية لمرأس المال، فلا يستحق العامل ربحياً الا بعد أن يبقى دأس المال بكماله، لدخوله على ذلك، وعدم دورانه لا دخل له في الحكم بخلافه، ومن أن التلف قبل الشروع في التجارة يبخرج التالف عن كونه مال قراض، والاقوى عدم الفرق، لان المقتضى لكونه مال قراض هوالعقد، لا دورانه في التجارة، فمتى تصور بقاء العقد وثبوت الربح جبر ما تلف مطلقا انتهى.

أقول: قد عرفت أن مقتضى تلف المال قبل الدوران هوبطلان المضاربة كما اعترف به فيما قد منا نقله عنه ، وكذا في ما قدمناه من كلام التذكرة ، ومقتضى ذلك أنه لاربح هنا بالكلية ليحصل به الجبران ، ولم يبق الا الحمل على ماذكره من التاويل ، وهو مع بعده عن ظاهر عبادة المصنف غاية البعد ، مدخول بأن الظاهر انما هو عدم الجبران .

قوله : ان وضع المضاربة على أن الربح وقاية لرأى المال الى آخره مسلم

الا أنه فرع وجود رأس المال فان رأس المال انما يصدق كما هو المتبادر على المبلغ الذى دفعه المالك، وهو قد تلف كماهو المغروض، والربح الذى يبجب الجبربه انما هو ماحصل من ذلك المال بعد المعاملة به ، وهذا الربح الذى حصل بالشراء في الذمة لم يترتب على ذلك المال المقروض ، لانه قد ذهب قبل دورانه ، ويؤيده أن الاصل بقاء ملك العامل لهذا الربح وخروجه عنه الى أن يجبر به الفائد يحتاج الى الدليل .

نعم قام الاجماع. وظاهر ما تقدم من الاخباد على البجبر بعد الدوران ، فيبقى ماعداء على حكم الاسل ، وبذلك يظهر أن قوله وعدم دورانه لادخل له فى الحكم بخلافه ليس فى محله ،

وبالجملة فاتا لا تمنع بقاء العقد في صورة التأويل الذي فرضه _ وبني عليه الكلام ، لعدم فسخه وارتفاعه مع الاذن في الشراء في الذهة ، وظهور ربح هناك _ وانما نمنع من جبر التالف بهذا الربح ، اذ المتبادر من الاخبار وكلام الاصحاب أن الربح الذي يجبر التالف انما هـو ربح ذلك المال الذي وقعت المعاملة به ، ورأس المال الذي يخرج أولا انما هو المستعمل في التجارة وكونه مال التجارة ، انما يصدق حقيقة بعد الدوران لا قبله ، بمعنى جبر التالف بالربح أي الذي عرض له التلف بعد حصول الربح فيه ، لا ما لم يكن كذلك . وكيف كان فالمانع مستظهر ، والله العالم .

العاشرة: يجوز تعدد كل من العامل والمالك فيضارب المالك اثنين ، وبالعكس ، فاذا تعدد العامل بأن قارض الواحد اثنين ، اشترط تعين الحصة لهما ولا يجب عندهم تفصيلها ، بل يجوز أن يجعل النصف لهما ، فيحكم بالنصف لهما بالسوية ، لاقتضاء الاطلاق ذلك ، واصالة عدم التفصيل ،

وفيه نظم قد تقدم ذكره في المسئلة الرابعة من المقصد الثالث في

الربيح ولو شرط التفاوت بينهما بأن جعل لاحدهما ثلث الربح وللاخر ربعه فأبهم ولم يعين بطل ، ولو عين الثلث لواحد بعينه ، والربع للاخر صح ، لان عقد الواحد مع اثنين في حكم عقدين قد قارش في أحدهما بثلث الربح ، وفي الاخر بالربع ، وقد تقدم ايضاح ذلك في المسئلة المذكورة ، واذا اتحد العامل وتعدد المالك فلو بيننا تصيب العامل من الربح بأن جعلا له تصف الربح ، ولهما الباقي يكون بينهما على مايشتر طانه من التفاضل و التساوى ، سواء كان على نسبة المالين أم لا ، وبه أفتى في التذكرة ونقل عن الشافعي المنع من التفاضل مع تساوى الماليين ، والتساوى مع تفاضلهما ، لان الربح يكون تابعاً للمال ، فاذا شرطا له النصفكان النصفالاخر بينهما بالسوية ، فشرط التفاوت فيه يكون شرطاً لاستحقاق ربح بغير عمل ولا مال .

ولو شرط أحدهما للعامل النصف من حصته من الربح ، وشرط الاخر له الثلث على أن يكون الباقى بينهما نصفين سح على القدول الاول ، وبطل على قول الشافعى ، قال : انه لايبتوز ، لانأحدهما يستحق مما بقى بعد شرطه النصف والاخر يستحق الثلثين ، ولايبجوز أن يشترط التساوى ، فيكون قد شرط أحدهما على الاخر من ربح ماله بغير عمل عمله ، ولا مال يملكه .

أجاب القائلون بالقول الاول بأن الغاضل الذى أخده الشريك من حصة العامل ، لامن حصة شريكه ، وتوضيحه أن الاصل لما افتضى التساوى فى الربح للشريكين مع التساوى فى المالكان شرط التفاوت المذكور منصرفا الى حصة العامل ، بمعنى أن شارط الزيادة يكون قد جعل للعامل أقل مما جعل له أخذ النقيصة ، وهو جائز ، ومنه علم حجة القول الاول .

أقول: ومن تعارض هذين الوجهين في المسئلة تردد المحقق في المسئلة المذكورة وهو في محله، لعدم النص الواضح في المقام، وان كان القول الاول لا يخلو من قوة.

هذا فيما لواشترطا التفاضل في القسمة مع اطلاق النصف الذي عيناه للعامل بمعنى أنه لم يعين نسيب كل منهما من ذلك النصف الذي جعلاه له ، أما لوعيناه بأن قالا لك نصف الربح على أن يكون بالمناصفة بيننا ، فيرجع الى أنه قد جعل له كل واحد منهما ربع الربح ، فانه بهذا التعيين يخرج المسئلة عما قلناه هنا من الخلاف ، ويرجع الكلام في ذلك الى ما تقدم في كتاب الشركة من اشتراط التفاوت في الربح مع تساوى المالين ، وبالعكس وقد تقدم البحث في ذلك في المسئلة الخامسة (١) من الفصل الاول من الكتاب والله المالم .

الحادية عشر ـ اختلف الاصحاب في مالو اشترى العامل شيئا للقراض فتلف الثمن قبل دفعه البايع ، قال الشيخ في الخلاف: اذا دفع اليه ألفاً للقراض فاشترى به عبداً للقراض فهك الالف قبل أن يدفعه في ثمنه ، اختلف الثاس فيه على ثلاثة مذاهب ، قال أبو حنيفة ومحمد: يمكون المبيع لرب المال ، وعليه أن يدفع اليه ألفاً غير الاول ، ليقنى به دينه ، ويكون الاول والثانى قراضاً وهما معاً رأس المال ، وقال مالك : رب المال بالخيار بأن يعطيه ألفاً غير الاول ليقنى به الدين ويكون الالف الثانى رأس المال دون الاول ، أو لايدفع اليه شيئا ، فيكون المبيع للعامل ، والثمن عليه ، ونقل البزنطى عن الشافعى أن المبيع للعامل ، والثمن عليه ، ولاشيء على رب المال ، وهو اختيار أبي العباس، قال الشيخ : وهو الذي يقوى في نفسى لائه لا يخلو اما أن يكون الالف تلف قبل الشراء وقع الشراء للعامل ، وانكان التلف بعد الشراء وقع الشراء للعامل ، لائه اشتراه بعد ذوال القراض ، وانكان التلف بعد الشراء فالبيع وقع لرب المال ، وعليه أن يدفع الثمن من مالمالذى سلمه اليه ، فاذا الشراء فالمند في ألف اما أن يشترى به بعينه ، أو في الذمة ، وينقد عنه ، للعامل في التصرف في ألف اما أن يشترى به بعينه ، أو في الذمة ، وينقد عنه ، ولم يدخل على أن يكون له في القراض اكثر منه .

وقال في المبسوط: اذا دفع ألغاً قراضاً فاشترى به عبداً للقراش فهلك الالف قبلأن يدفعه، قال قوم: النالمبيع للعامل والثمن عليه ولاشيء على رب المال وقال قوم: المبيع لرب المال، وعليه أن يدفع اليه ألغاً غير الاول، فيقنى به دينه، ويكون الالف الاول والثاني قراضاً وهما معا رأس المال وهو الاقوى، وبه قال ابن البراج، ثم نقل مذهب مالك الذي قدمنا نقله عنه في المخلاف، ثم قال: واذا سرق المال قبل أن يدفعه في ثمن المبيع قال قوم: يكون للعامل والثمن عليه، ولاشيء على رب المال، وفي الناس من قال: اذا تلف المال قبل الشراء فالمبيع للمشترى، لانه اشتراه بعد زوال عقد القراض، وان كان بعد الشراء كان الشراء للقراض ووقع الملك لرب المال، لانه اشتراه والقراض بحاله، لان الاذن قائم، واذا كان الشراء له كان الثمن عليه، واذا دفع اليه ألغاً آخر ليدفعه في الثمن، نظرت فان سلم فلا كلام، وان هلك فعليه غيره كذلك أبداً ، فعلى هذا اذا هلك الالف الاول، ودفع اليه ألغاً آخر فدفعه في الثمن، فان الالفين يكون رأس المال، وهو الصحيح، لان الالف تلف بعد أن قبضه العامل، فلم يكن من رأس المال، كما لوكان في التجارة، انتهى.

وقال الشيخ المفيد: اذا ابتاع المضارب متاعاً لصاحب المال ، وأداد نقد الثمن ، فوجد المال قدهلك ، فنقد من عنده في المتاع كان المتاع له دون صاحب المال ، وكان الربحله والخسران عليه ، ولم يكن لصاحب المال فيه نصيب على حال .

وقال ابن ادريس: ان كان المضارب اشترى العبد بشمن فى الذمة لابعين المال فالعبد للمضارب دون رب المال ، ويبعب على العامل الذى هو المضارب أن يدفع من ماله ألفا ثمن العبد ، والبيع لا ينفسخ ، لأن الاتمان اذا كانت فى الذمة لا ينفسخ البيع بهلا كها ، لانها غير معينة ، وان اشترى بعين مال ألمضاربة انفسخ البيع ، وكان العبد ملكا لبايعه ، على ماكان دون العامل ، ودون رب مال المضاربة لان

هلاك النمن المعين يوحب الفسخ ، قال : وهذا الذى اخترناه مذهب شيخنا في مواضع كثيرة من كتب مسائل الخلاف والمبسوط ، انتهى .

أقول: والمسئلة المذكورة وانكانت خالية من النصوص على العموم والخصوص، الا أن مقتنى قواعدهم في هذا الباب هوالتفسيل، بأن يقال: انكان تلف المال بعد الشراء بتغريط من العامل اما بعدم الحفظ أو بالتأخير عن الدفع فانه يكون ضامنا، ويكون القراش باقياً ويبجب عليه الدفع الى البايع، وان لم يكن بتفريط، فلا يخلو اما أن يكون الشراء بالعين أو في الذمة، فانكان الشراء بالعين بطل البيع، ووجب دفع المبيع الى بايعه كما ذكره ابن ادريس، وانكان في النمة فانكان مأذوناً من المالك وقع الشراء للقراض، ووجب على المالك دفع الثمن عوض التالف، ويكون الجميع رأس المال فيجبر بالربح عندهم، كما تقدم.

وان لم يكن مأذوناً من المالك بطل الشراء ان أضاف ذلك الى المالك والقراض، وترد المبيع على بايعه ، الا أن يجيز المالك ذلك بناء على صحة العقد الفنولى ، فان أجاز المالك وجب عليه دفع الثمن ثانياً وثالثاً وحكذا، ويكون الجميع رأس المال كما تقدم ، وان لم يضف ذلك الى المالك ولا القراض، بلأضافه الى نفسه أو أطلق وقع الشراء للعامل، وعليه دفع الثمن ، وعليه يحمل اطلاق كلام ابن ادريس هذا مقتضى قواعدهم فى الباب والله العالم بحقيقة الحق والمسواب.

الثانية عشر - اذا دفع اليه مالا قراضاً وشرط عليه أن يأخذ له بضاعة ، فهل يصح القراض والشرط ، أولا يصح شيء منهما ، أويصح القراض ويبطل الشرط ؟ أقدوال : أولها _ للعلامة في المختلف والمحقق في الشرايع ، وثانيها _ أحد قولى الشيخ وبه جزم ابن البراج ، وثالثهم للشيخ أيضا .

قال في المبسوط: اذا دفع اليه ألفا قراضاً بالنصف على أن يأخذ منه ألفاً بضاعة بطل الشرط، لان العامل في القراض لا يعمل عملا بفسير جعل، ولا قسط من الربح، واذا بطل الشرط بطل القسراض، لان قسط العامل يكون مجهولا، لان المالك انما يحصل له النصف حتى اشترط العاملله عملا بغير جعل، فيذهب من نصيب العامل قدر ما زيد فيه لاجل البضاعة، وهو مجهول.

ثم قال : وان قلنا أن القراض صحيح ، والشرط جائز _ لكنه لايلزم الوفاء به ، لان البضاعة لايلزم القيام بها _ كان قوياً ، وجزم ابن البراج بالاول .

وقال في المختلف بعد نقل ذلك : والحق صحة الشرط والعقد ، وأى منافاة بين أن يعمل العامل عملا في مال بعوض ، وفي غيره بغير عوض ، لنا وجود المقتشى وهو العقد ، وقوله (عليه السلام) (١) : « المؤمنون عند شروطهم » والمائع منتف لما بيتناه ، فيثبت القراض والشرط ، ويجب عليه القيام به ، لقوله (عليه السلام) « المؤمنون عند شروطهم » ، وقال في المسالك : وهو الاقوى . .

أقول ، وملخص حجة القول ببطلان الجميع أن وضع القراض على أن يكون للعامل في مقابلة عمله جزء من الربح ، وهذا العمل ليس في مقابلة شيء فيفسد الشرط ، ويتبعه العقد ، لان قسط العامل يكون مجهولا ، لاقتضاء الشرط قسطاً من الربح ، وقد بطل ، فيبطل ما يقابله فتجهل الحصر في النصف .

ورد بمنع منافات هذا الشرط لمقتنى العقد ، فان مقتناه أن يكون عمله في مال القراض سجزء من الربح ، أما غيره فلا ، فاذا تناوله دليل مجوز لزم القول بجوازه .

وأنت خبير بأن المسئلة غير خالية من الاشكال على كل من هذه الاقوال، وتوضيح ذلك أن البضاعة لا يجب القيام بها، لان مبناها على الجواذ، والقراض

⁽١) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤

أيضاً من العقود الجائزة كما عرفت لايلزم الوفاء به ، فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده ، لان الشرط كالجزء من العقد تابع له ، فلا يزيد عليه ، والحال أن المالك لم يعين للعامل هذه الحصة الا من حيث هذا الشرط ، فان وفسى به فلا. بحث ، والا أشكل الامر .

ومقتضى القواعد كما عرفت أنه لايلزم للعامل الوفاء به ، فمتى أخل به تسلط المالك على الفسخ ، ولو كان ذلك له بدون الشرط الآ أن هذا سبب زائد ، فلو فسخ والمحال هذه فان كان قبل ظهور دبح ، فمقتضى قواعدهم أن للعامل عليه الاجرة كما تقدم ، وان كان بعد ظهوره فهل يكون جميع الربح للمالك نظراً الى أنه لم يبذله للعامل الا بالشرط ، وقد فات ، أو للعامل حصته المعينة ، نظراً الى ملكه لها بالظهور قبل الفسخ ، والاصل بمعنى الاستصحاب يقتضى بقائه ، ويؤيده أن المالك قد قدم على ذلك حيث اقتصر على شرط ذلك في عقد لايلزم الوفاء فيه بالشرط اشكال ، وقيل : هنا بالاول ، وفيه ما عرفت ، والله العالم .

الثالثة عشر - لاخلاف ولا اشكال فى أنه لو اشترى جاربة للقراض لم يجز له وطئها ، لانها ملك لرب المال ، ظهر فيها ربح أم لا ، غاية الامر بظهور الربح أن تكون مشتركة بين المالك والعامل ، والجادية المشتركة لايجوز لاحد الشريكين وطئها بدون اذن الاخر ، فان وطأها والحالكذلك فقد تقدم الكلام فى تحقيق القول فى ذلك بالنسبه الى الحد والمهر والولد فى كتاب البيع فى المسئلة الرابعة عشر من المقصد الثانى من الفصل التاسع فى بيع الحيوان (١) .

وقد سرح العلامة في التذكرة هنا بأن المهر المأخوذ منه هنا يبعمل في مال القراش ، قال : لانه ربما وقع خسران فيحتاج الى البعبر .

وقال في التذكرة أيضاً: أنه لا يجوز للمالك أن يطأها أيضاً سواء كان هناك ربح أم لا، لان حق العامل قد تعلق بها، والوطى، ينقصها ان كانت بكراً، أو

⁽۱) ج ۱۹ ص ۲۶۶ .

يؤدى الى خروجها من المضاربة ، لانه ربما يؤدى الى احبالها ، الى أن قال : ولو لم يكن فيها ربح لم يكن للمالك أيضاً ، لان انتفاء الربح فى المتقومات غير معلوم ، وانما يتيقن الحال بالتنضيض للمال ، اما لو تيقن عدم الربح فالاقرب أنه يجوذله الوطيء ، انتهى .

أقول: وعلى هـ فا ينبغى أن يحمل قوله أولا لا يبجوز للمالك أن يطأها سواء كان هنا ربح أم لا ، على الربح الذى من أسل المال ، لامن البجارية جمعاً بين كلاميه ، وانما الخلاف والاشكال فيما اذا أذن له فى شراء البجارية ووطأها ، فالمشهور أنه كالاول ، لان الاذن قبل الشراء لا أثر لها فى التحليل ، سواء قلنا أن التحليل تمليك أو عقد ، فانه على تقدير كل منهما لا يحصل شىء منهما قبل الشراء ، فلا يدخل تحت الحصر فى قوله تعالى د الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم ، (١) الا انه قد روى الشيخ فى التهديب عن الحسن بن محمد بن أيمانهم ، (١) الا انه قد روى الشيخ فى التهديب عن الحسن بن محمد بن أبى الحسن (عليه السلام) د قال : قلت : رجل سألنى أن أسألك أن رجلا أعطاه مالا مضاربة يشترى له ما يرى من شيء ، فقال : اشتر جارية تكون معك ، والبجارية انما هي لصاحب المال ان كان فيها وضيعة فعليه ، وان كان فيها ربح فله ، للمضارب أن يطأها ؟ قال : نعم » .

وبهـذا الرواية أفـتى الشيخ فى النهاية ، وظاهر المحدث الكاشانى فى الوافى الميل الى ذلك ، حيث قال : وانما أجاز له وطأها لان قوله تكون معك تحليل لها اينّاه ، انتهى .

والاصحاب قد ردوها بماعرفت ، قال في المسالك : والقول بالبعواز للشيخ في النهاية استناداً الى رواية ضعيفة السند ، مضطربة المفهوم ، قاصرة الدلالة .

١) سورة المؤمنون ـ الأيه ٢ .

⁽٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩١ ح ٣١، الوسائل ج ١٣٠ ١٩٠ باب ١١٠

أقول: أما ضعف السند فهو غير وارد على الشيخ وأمثاله من المتقدمين الذين لا أثر لهذا الاصطلاحهم، بل الاخبار كلها صحيح باصطلاحهم، الا ما نصّوا عليه، وقد تقدم تحقيق ذلك في المجلد الاول من الكتاب (١).

وأما قصو دالدلالة فهو مردود بأنه لاأسرح في الجواذ من قوله (عليه السلام) « نعم » بعد قول السائل « أله أن يطأها » وأما اضطراب المفهوم فهو غير مفهوم ولامعلوم ، وأما مااستندوا اليه من أن الاذن قبل الشراء لاأثر له في التحليل فهو أول المسئلة ومحل البحث ، وأى مانع منع منه «قولهم: سواء قلنا أن التحليل تمليك أوعقد همدخول بعدم الانحصاد في القسمين المذكورين ، فان التحليل قسم ثالث ، ليس بتمليك ولاعقد ، وقد دلت الاخبار على جواذ النكاح به ، وان كان ظاهر كلامهم ارجاعه الى أحد القسمين المتقدمين ، الا أن ظاهر الاخبار كونه قسماً برأسه .

وبالجملة فان رد الخبر من غير معارض مشكل ، والركون الى هـنه التعليلات العليلة ورد الخبر بها مجازفة ظاهرة ، هـذاكله فيما اذا كان الاذن قبل الشراء .

أما لوكان بعد الشراء فان الظاهر أنه لاخلاف ولا اشكال في جواز الوطيء الا أن يكون الشراء للقراض و يكون قد ظهر فيها دبح ، فانه تصير المسئلة هنا راجعة الى مسئلة تحليل أحد الشريكين لساحبه ، وفيها خلاف واشكالسيأتي التنبيه عليه في محله ان شاء الله ، ومنشاؤه من حيث لزوم حل النكاح بسببين مختلفين ، الا أن هذا خارج عن مورد الخبر المذكور ، فان ظاهره أن الجارية للمالك خاصة ، وليست من القراض في شيء .

وكيفكان فالمسئلة لماعرفت محل توقف واشكال ، والاحتياط فيما ذكر. الاصحاب والله العالم .

الرابعة عشر - اذا مات وفي يده أموال مضاربة فان علم مال أحدهم بعينه

⁽۱) ج ۱ ص ۲۵ .

حكم له به ، وان جهل كانوا فيه سوا ، فان جهل كونه مناربة حكم به للورثة ، ويدل على الأولين ما رواه الشيخ في التهديب عن السكوني (١) عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن على (عليهمالسلام) انه كان يقدول : من يموت وعنده مال مناربة قال : ان سماه بعينه قبل موته فقال : هذا لفلان فهو له ، وان مات ولم يذكر فهو أسوة الفرما ، ورواه الصدوق مرسلا ، ويدل على الثالث أسالة المدم ، والحكم باليد ، ثم انه على تقدير الثاني فالمراد باستوائهم في المال كما ذكره الاصحاب هو أن يقسم بينهم على نسبة أموالهم لا بمعنى أن يقسم بالسوية كما في أقتسام غيرهم من الشركا .

هذا اذا كانت أموالهم مجتمعة في بدء على حده، وأما انكان المال ممتزجاً مع جملة ماله مع العلم بكونه موجوداً فالغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك ان وسعت التركة أموالهم أخذوها، وان قصرت تحاصوا وعلى تقدير الثالث فالمراد به أن العامل كان في بده مضادبة في الجملة، ولكن لم يعلم بقاؤها ولا تلفها ومن أجل ذلك حصل الجهل بكون المال الذى في بده مضادبة، اذكما يحتمل أن يكون من ماله، فيحكم بخمانه كونه ميراثاً، عملا بظاهر اليد، ولكن يبقى الاشكال في أنه هل يحكم بضمانه بكونه ميراثاً، عملا بظاهر اليد، ولكن يبقى الاشكال في أنه هل يحكم بضمانه لمال المضادبة من حيث أصالة بقائها الى ان يعلم التلف بغير تفريط ولعموم وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدى، (٢) أم لا؟ لاصالة براءة الذمة، وكون مال المضادبة أمانة غير مضمونة، وأصالة بقائه لايقتضى ثبوته في ذمته مع كونه أمانة المنادبة أمانة غير مضمونة، وأسالة بقائه لايقتضى ثبوته في ذمته مع كونه أمانة

⁽۱) التهذيب ج ۷ ص ۱۹۲ ح ۳۷ الفقيه ج ۳ ص ۱۶۶ ح ٦ الوسائيل ج ١٣ ص ۱۹۱ باب ۱۳ .

⁽٢) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ كتاب الوديعة.



كتاب المزارعة والمساقاة

والكلام في هذا الكتاب يقع في مطلبين: الاول ـ في المزادعة ، وهي مفاعلة من الزرع ، ومقتنى السيغة الوقوع منهما معا كماهو قنية باب المفاعله ولعله هنا باعتباد أن أحدهما ذارع ، والاخر آمر به ، فكانه لذلك فاعل من حيث السبية ، كما قيل : مثله في باب المضادبة ، وهنا فوائد يحسن التنبيه عليها قبل الشروع في المقسود .

الاولى - وقد ذكر جملة من الاصحاب أن المزارعة قد يعبر عنها بالمخابرة الما من الخبير ، وهو الاكار ، أو من الخبارة وهى الارض الرخوة ، أو مأخوذ من معاملة النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) أهل خبير حيث جعلها في أيديهم على النسف من حاصلها ، فقيل : خابرهم أي عاملهم في خيبر .

قال الصدوق في كتاب معانى الأخبار (١) بعد أن روى مرفوعاً عن النبى (صلى الله عليه واله وسلم) أنه نهى عن المخابرة وهى المزارعة بالنصف والثلث والربع وأقل من ذلك وأكثر وهوالخبروكان أبوعبيد يقول : لهـذا سمى الاكاد

⁽١) معاني الاخبار ص ٢٧٨ ط طهران ١٣٧٩ .

الخبير ، لانه يخبر الارض والمخابرة المؤاكره ، والخبرة الفعل والخبير الرجل، ولهذا سمى الاكار لانه يواكر الارض أي يشقها ، انتهى .

قال بعض أصحابنا : وما روى أنه (عليه السلام) نهى عن المخابرة ، كان ذلك حين تنازعوا فنهاهم عنها .

أقول: الظاهر أنه اشار الى هذا النبر فانى لمأقف فى اخبارنا على مايدل على النهى عنها ، بل الاخبار كما سيأتيك انشاء الله تعالى ظاهرة فى مشروعيتها وصحتها ، ولم ينقل الخلاف فى ذلك عن أحد من أصحابنا ، ولا من العامة الا عن أبى حنيفة والشافعى فى بعض المواضع ، وأيضاً فان الظاهر ان هذا الخبر الذى نقله الصدوق هنا انما هو من طريق العامة ، حيث أنه رواه عن محمد بن هارون عن على بن عبد العزيز عن أبى عبيد (١) رفعه الى النبى (صلى الله عليه واله وسلم) أنه نهى الخبر والله العالم .

الثانية ـ قد عرفوا المزارعة بأنها معاملة على الارض بحصة من حاصلها ، والصيغة فيها زارعتك أو ازرع هذه الارض أو سلمتها اليك وتحوذلك مما يغيد هذا المعنى مدة كذا بحصة معلومة من حاسلها ، والظاهر أنه لاخلاف بينهم في كونها من العقود اللازمة التي لاتنفسخ الا بالتقايل فلابد فيها من الايجاب والقبول الدالين على الرضا بالتسليم وفي المسالك دأنه لابد من كونهما بالسربية والماضوية ، فلاتصبح بلفظ الامر وأن الاقوى اعتبار القبول اللفظى كغيره من العقود اللازمة ، وفي الجميع نظر قد تقدم في كتاب البيع ، وتقدم من هذا القائل ثمة ما يوهن ماذكره في هذا المقام وأمثاله ، و يدل على وقوعها ، و كذا وقوع المساقاة بلفظ الامر الذي منع منه هنا جملة من الاخبار .

ومنها مارواه في الكافي عن يعقوب بن شعيب (٢) في الصحيح عن أبي عبدالله

⁽١) معانى الاخبار ص٢٧٨ ط طهران سنة١٣٧٩ ، الوسائل ج١٢ ص٢٦٦ ح١٣٠ .

⁽٢) الكافي ج ه ص ٢٦٨ ح ٢ ، الرسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢ .

(عليه السلام) في حديث « قال : سألته عن رجل يسطى الرجل أرضه وفيها رمان أونحل أوفاكهة ، ويقول : اسق هذا من الماء ، واعمر ه ولك نصف ما خرج قال . لابأس ، .

وبذلك يظهر لك ما في قوله في المسالك ، وأما قوله ازرع هذه الارض بصيغة الأمر فان مشل ذلك لا يبعين ونه في نظائره من العقود ، ولكن المستنف (رحمة الله عليه) اجازه هنا استناداً الى روايتي أبي الربيع الشامي والنفسر بن سويد عن أبي عبدالله (عليه السلام) وهما قاصرتان عن الدلالة ، فالاقتصار على لفظ الماضي اقدوى .

أقول: أما رواية أبى الربيع (١) التى أشار اليها وهى مادواه الشيخ عنه عن ابى عبدالله (عليه السلام) دانه سئل عن رجل يزرع أرضرجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبند وثلثاً للبقر فقال: لاينبغى أن يسمى بندراً ولابغراً، ولكن يقول لمساحب الارض ازرع فى أرضك ولك منها كذا وكذا نسف أو ثلث أوماكان من شرط > ولا يسمى بذراً ولابقراً الحديث.

وأما رواية النضر فالظاهر أن نسبتها الى النضر سهومن قلمه (رحمة الله عليه وانما هى رواية عبد الله بن سنان (٢) وان كان الراوى عنه النضر كما هو فى التهذيب فانا لم نقف على روايتى النضر بما قاله ، فان سندها فى التهذيب الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان « انه قال : فى الرجل يزارع أرض غيره فيقول : ثلث للبقر ، وثلث للبذر ، وثلث للارض قال : لا يسمى شيئا من الحب والبقر ، ولكن يقول : ازرع ولى فيها كذا وكذا ان شئت نسفا ، وان شئت ثلث ا » .

⁽۱) و (۲) التهذيب ج ۷ ص ۱۹٤ ح ۳ و ص ۱۹۷ ح ۱۸ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۰۱ ح ۱۰ و ص ۲۰۰ ح ۵ .

وأشار بقصورهما عن الدلالة الى احتمال كون أزرع بلفظ المستقبل، بل هو الظاهر من الرواية الاولى .

وفيه أولا انه وان كان بلفظ المستقبل الا أن فيه رداً عليه فيما ادعاه من الانتصار في لفظ الماضي، وثانياً ماعرفت من الصحيحة المتقدمة الصريحة في وقوع المساقاة والمزارعة بلفظ الامر، ثم انه قال: أيضا وفي عبارة المصنف تجوز، لانه قال: وعبارتها كذا ولم يذكر القبول، مع أنه أحد ركني العبارة عنها، فلابد من ذكره، ولعله أشار بما ذكر الي الاكتفاء بالقبول الفعلي كما اختاره العلامة في القواعد، فتنحصر العبارة في الايجاب، والاقوى اعتبار الفبول اللفظي كفيره من العقود اللازمة.

أقول: فيه ان المفهوم من الاخبار كصحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة ، وجملة من الاخبار التى قدمناها فى كتاب البيع أن المدار فى القبول على حصول الرضا بما دل عليه الايجاب ، وان لم يكن بلغظ ، وكذا فى جانب الايجاب الا ان الاظهر اشتراط اللغظ فى جانب الايجاب ، وان كان بعض متأخرى المحدثين ، قد اكتفى أيضاً بمجرد الرضا ، وما ذكره فى الصحيحة المذكورة هوصورة عقد المساقاة ، وهو خال من ذكر لفظ القبول ، كما ادعاه .

وكذلك جملة من العقودالتى وردت بها الاخباركما لا يخفى على من راجع الروايات التى قدمناها فى كتاب البيع ، وبه يظهر ضعف ما ادعاه من أن الاقوى اعتبار القبول اللفظى ، فائه ـ مع كونه لادليل عليه ـ مردود بظهـور الدليل على خلافه كما عرفت .

الثالثة _ المفهوم من كلام شيخنا الشهيدالثاني في المسالك أنه لابد من كون الارض ملكا لاحدهما عيناً أو منفعة ، لانه المستفاد من حقيقة المزارعة وسيغتها ، فلا تشرع المزارعة في الارض الخراجية الا باستعمال حيلة من الحيل الشرعية .

ثم ذكر جملة من الحيل في ذلك ، ومنها جمل البذر منهما قال (رحمة الله عليه) فلواتفق اثنان على المعاملة في مثل ذلك في الارض الخراجية فطريق الصحة الاشتراك في البذر ، بحيث يمتزج على الوجه المقرر في باب الشركة ، ويجعلان باقي الاعمال بينهما على نسبة المال ، ولو اتفقا على زيادة عمل من أحدهما نوى به التبرع ، فلا رجوع له بالزائد ، ولو أرادا جعل الحاسل مختلفا مع التساوى في البذر أوبالعكس ، بني على ما تقرر في الشركة من جواز ذلك ، وقد عرفت أن المختار جواز الزيادة في القدر للعامل ، أو من له زيادة في العمل ، فليلحظ ذلك أو غيره من الحيل الشرعية على توسيع هذه المعاملة ، لانها متداولة في كثير من البلاد التي أرضها غير مملوكة ، فيحتاج فيها الى وجه مجوز وبمكن في ضه بأمور ، ثم عد جملة من الحيل في ذلك .

وأنت خبير بأن غاية ما يفهم من حقيقة المزارعة وسيغتها وتعريفها هو أولوية أحدهما بمنفعة تلك الارض ، أعم من أن يكون بالملك الطلق لرقبة الارض، ومنفعتها بالاجارة ، أو الاولوية الحاصلة في الارض الخسراجية أو المباحة بالتحجير أو الاحياء ، وان لم نقل بحصول الملك به .

وبالجملة فمايدل على كون المنفعة له بأى نحوكان ، ويدل على ذلك الاخبار الواردة في مزارعة أرض الخراج من غيراشتراط شيء مما ذكره.

ومنها صحيحة يعقوب ابن شعيب (١) عن أبى عبدالله (عليه السلام) د قال: سألته عن الرجل يكون له الارض من أرض الخراج فيدفعها الى دجل على أن يعمرها، ويصلحها ويؤدى خراجها وماكان من فضل فهو بينهما، قال: لابأس».

وصحيحة الحلبي (٢) عن أبى عبدالله (عليه السلام) في حديث ﴿ أَنَهُ سَمَّلُ عَنْ مَرْ ارْعَةً أَهُلُالُ وَالنَّالُ وَالنَّالُ وَقَالًا : لا بأس به ، الحديث .

⁽۱) و (۲) الكافى ج ه ص ٢٦٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٢ و ص ٢٠١ ح ٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٠ ح ٢ و ص ٢٠٠ ح ٨ .

على أنه قد صرح هو وغيره بل الظاهر انه لا خلاف فيد ، الا من بعض متأخرى المتأخرين كما تقدم ذكره بأنه يجوز بيع الارض الخراجية تبعاً للاثار ، ومتى جاذ البيع جاذت المزارعة بطريق أولى ، وبذلك يظهر أن اطلاقه المنع من المزارعة في الارض الخراجية بناء على أنها ملك للمسلمين قاطبة ، وان هذا الزارع لا يملكها ، ومن شرط المزارعة الملك لاحدهما كما ذكره غير جيد .

فان قيل: _ انه بعد حسول الاثار فيها كما يجوز بيعها يجوز المزارعة أيضاً ، والمدعى أنما هو قبل حصول الاثار فيها _ قلنا: هذه الاثار التي يترتب عليها جواز البيع انما حصلت بعد الفتح ، وثبوت كونها خراجية ، فالمجوز لهذه الاثارمجوز للمزارعة عليها ، وهوظاهر .

الرابعة - قد عرفت أن عقد المزارعة عندهم من العقود اللازمة التي لا تبطل الابالتقائل ، أما كونه من العقود اللازمة فلانه مقتضى الاصل ، اذا لاصل لزوم العقد الاما خرج بدليل ، وللخبر المشهور « المؤمنون عند شروطهم » (١) وتحو ذلك من الادلة العامة .

وأماكونه لا يبطل الا بالتقايل ، فالمراد به بالنظر الى اختيار المتعاقدين يعنى ليس كالعقود الجائزة التى لكل من المتعاقدين فسخها ، والا فانه يبطل أيضا بغير التقائل كانقطاع الماء عن الارض ، وفساد منفعة الارض ، فالحصرفى التقائل ليس حصراً حقيقيا ، وانما هو بالاضافة الى المتعاقدين .

والظاهر أن المستند في بطلانه بالتقائل هو الاجماع ، ولا يبطل بالبيع ولا بموت أحد المتعا قدين : لعدم المنافات بين البيع أو الموت وبين بقاء المزارعة كما سيأتي مثله في الاجادة على الاظهر ، وان كان فيه ثمة قول بالبطلان بالموت .

⁽١) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

⁽٢) سورة المائلة _ الآية ١.

أما هنا فالظاهر أنه لاخلاف في عدم البطلان بالموت ، عملا بلزومه وأسالة بقائه ودوامه ، وليس الاستصحاب هنا من قبيل الاستصحاب المنتلف في حجيته ، لان مرجع هذا الاستصحاب الى عموم الدليل حتى يقوم وجود الرافع كما في البيع ونحوه ، ثم انه انكان الميت العامل قام مقامه ورثته ، في العمل ، والارفع الامر الى الحاكم فيستأ جرالحاكم من يقوم بالعمل من مال الميت أومن حصته من الفلة ، وانكان الميت المالك بقي العامل على عمله ، وعليه القيام بتمام العمل ، وربما استثنى من الاول مالوشرط عليه المالك العمل بنفسه ، فانها تبطل بموته ، كما قيل مثله في الاجارة ، وهو متجه لوكان الموت قبل ظهور الحاصل ، أما بعد ظهوره فيشكل ذلك ، فانه قدملك الحصة ، وان وجب عليه بقية العمل ، والحكم بخروجها عن ملكه بالموت _ بعد دخولها كما عرفت _ الظاهر بعده .

الخامسة _ قال الشيخ فى النهاية: لابأس بالمزارعة بالثلث والربع أو أقل أو أقل أو أكثر ، ويكره أن يزار عبالحنطة والشعير والتمر والزبيب، وليس ذلك بمحظور، فان زارع بشيء من ذلك فليجعله من غير ما يخرج من تلك الارض مما يزرعه فى المستقبل ، بل يجعل ذلك فى نمة الزارع.

قال فى المختلف بعد نقل ذلك عنه: قوله ويكره أن يزارع بالمعنطة والشعير: ان قسد بذلك المزارعة فهو معنوع وان قسد الاجارة فهو حق، ثم نقل عن الشيخ المفيد أنه قال: المزارعة بالربع والثلث والنصف جايزة، كما يجوز بالذهب والنسنة، ثم اعترضه فقال: وهنمالسارة أشكل من الاولى، لانه ان قسد بالمزارعة الاجارة لم تسم بالدهب والنسنة، وان قسد المزارعة لم تسم بالذهب والنسنة، والتاهسر أن قسده بالاول المزارعة، وبالثاني الاجارة انتهى.

أقول: والوجه في ذلك ظاهر مما تقدم في تعريف المرزارعة من أنها بعصة من المحاسل من ثلث أونسف أوتعوهما ، فلايبجوذ بالدراهم والدنانير، ولاغيرهما من المروض المعارجة عن المحاسل ، والاجارة انما تكون بالدراهم والدنانير والمروض المعينة ، لابالمحصة من المحاصل من ربع أو ثلث أو تحو ذلك ، وهاتان المبارتان مضطربتان فيذلك كما عرفت ، الا أنه قدوقع مثلذلك في بعض الاخبار أيضا كما في رواية أبي بعسير (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) و قال : لا تستأجر الارض بالتمر ولا بالمحنطة ولا بالشمير ولا بالاربعاء ولا بالنطاف ، قلت : وما الاربعاء قال الشرب والنطاف فضل الماء ، ولكن تقبلها بالذهب والفضة ، والنصف والثلث والربع ،

فان هذه القبالة ان حملت على المزارعة لم تجز بالذهب ولا بالفضة ، وان حملت على الاجارة لم تجز بالنصف والثلث والربع ، واحتمال ما ذكره العلامة (رحمة الله عليه) في عبارة الشيخ المفيد بعيد في العبارة المذكورة ، وفي النجس المذكور ، ولا يحضرني الان وجه في المخرج عن ذلك ، الا أنه يمكن أن يقال : ان القبالة أعم من المزارعة والاجارة ، فيطلق على كل منهما ، وحينتذ فيكون المعنى في الخبر ولكن تقبلها بالذهب والقمنة يعنى استأجرها ، وبالنصف والثلث والربع يعنى زارع عليها ، هذا أقسى ما يمكن أن يقال والله العالم .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن البحث في هذا المطلب يقع في مقامين : أحدهما في الدروط وهي ثلاثة :

الاول - أن يكون النماء مشاعاً بينهما تساويافيه أوتفاضلا ، والمظاهر أن دليله الاجماع ، وهوظاهر الاخبار أيضاً مشل قوله (عليهالسلام) في حسنة الحلبي (٢) « لاتقبل الارض بحنطة مسماة ، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لابأس به » وقال : لابأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس ، وقوله (عليهالسلام) في صحيحة الحلبي (٣) أيضاً أوحسنته «لابأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس » ،

⁽۱) التهدنيب ج ۷ ص ۱۹۵ ح ۸، الكافسي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٢ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢١٠ ح ٢ .

⁽٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٧ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٩ ح ٣ .

⁽٣) التهذيب ج ٧ ص ١٩٤ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٠ ح ٧ .

وقوله (عليه السلام) في صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة ، ولكن ، تقول ازرع فيها كذا وكذا ان شئت نصفاً وان شئت ثلثا ، وتحوحا رواية أبى الربيع المتقدمة أيضا ألى غير ذلك من الاخبار .

وبالجملة فالذى دلت عليه الاخبار فى المقام هو الاشاعة فى الحصة فتقف الصحة فى ماعداه على الدليل، وليس فليس وعلى هذا فلو شرطه أحدهما لم يصح، وكذا لواختص أحدهما بنوع من الزرع دون صاحبه، كما لوشرط أحد هما ما حصل أولافهوله، ويسمى ذلك الهرف، والاخر ما يحصل أخيرا ويسمى الافل.

قال في المسالك (الهسرف): ساكن الوسط، المتقدم من الزرع والثمر يقال: أهرفت النخلة: أى عجلت أتاء ها قاله الجوهري (١): والافل بالتسكين أيضاً خلاف الهرف، وهو المتأخرعنه انتهى.

أقول: قد تتبعت ما حضرنى من كتب اللغة كالقاموس والمصباح المنير فلم أظفر في شيء منهما بهذا المعنى لهذين اللفظين، واحتمل التحريف في اللفظين المذكورين بأن يكونا على غير ماكتبناه ممكن، الاأنا تتبعنا أيضا جملة من الالفاظ التي ربما وقع التحريف عنها فلم أظفر بذلك.

وكيف كان فالنقل المذكور لاشك فيه ، وانما الشك في تميين المادة في كل من اللفظين وضبطها ، فليراجع ذلك ، ووجه البطلان في الاشتراط المذكور في السورتين المذكورتين هو ماعرفت من خروج ذلك عن وضع المزارعة الذى دلت عليه الاخبار ، ومثلها أيضاً ما لو شرط أحدهما ما يزرع على البداول ، والاخر ماذرع على غيرها ، لمنافات جميع ذلك الاشاعة التى دلت عليه الاخبار وقام عليها الاجماع .

⁽١) الصحماح ج ٤ ص ١٤٤٢ وفي اقرب الموادد هرفت النخلة: تهريفاً عجلت اتاءها أي: ثمرتها و أهرفت النخلة: عجلت اتاءها مثل هرفت.

نم وقع الخلاف هنا في موضعين ، أحدهما لو شرط أحدهما قدراً من الحاصل والزائد عليه يكون مشتركا بينهما ، فالظاهر _ و به صرح جملة من الاصحاب أيضا _ أنه لا يصبح ، لجواز أن لا يزيد هي ، ولان ظاهر الاخبار المتقدمة هو الاشتراك في جميع ما يحصل من النماء الا ماخرج بالشرط ، ولا فرق بين ذلك من كون القدر المشروط هو البذر و غيره ، ولا بين كون الغالب على تلك الارض أن يخرج منها ما يزيد على الشروط عادة أم لا ، لاشتراك الجميع في الخروج عن قاعدة المزارعة ، مضافاً الى حصول الجهل في الموجب لكون العقد على خلاف الاصل فيبطل حينئذ ، ونقل عن الشيخ في النهاية وجماعة جواذ استثناء البذر من جملة الحاصل ، وفي المختلف جواذ استثناء من الطهل مطلقا ، والاشهر الافل .

وثانيهما ـ لو شرط أحدهما شيئاً يضمنه كعمل يعمله مضافاً الى العصة ، فقيل : أيضاً بالصحة ، وهو المشهور لعموم مادل على وجوب الوفاء بالشروط ، مع عدم منافاته لمقتضى العقد ، لخروجه عن النماء الذى اقتضى العقد ، اشاعته كما عرفت ، وقيل : بالبطلان وهذا القول نقله المحقق في الشرايع ، الا أنه في المسالك قال : لا نعلم القائل به ، واستدل في الكفاية للقول المشهور زيادة على ما ذكر من العمومات برواية محمد بن سهل عن أبيه عن أبي الحسن موسى (عليه السلام).

والظاهر أنه اراد بها ما رواه المشايخ الثلاثة عن الراوى (١) المذكور دقال: سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام) عن رجل يزرع له الحراث الزعفران، ويضمن له أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهما، قربما نقس وغرم، وربما زاد و استفضل قال: لابأس به اذا تراضيا، أقول:

⁽۱) الكافى ج ه ص٢٦٦ ح٩، التهذيب ج٧ ص ١٩٦ ح ١٥، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٦ ح ١٠

وما ذكره وان احتمل باعتبار أحد الاحتمالين في الرواية الا انه غير متعين .

وتوضيح ذلك أن قوله (عليه السلام) « وزن كذا ، الظاهر أنه مفعول « يعطيه ، ويكون المعنى أنه يعطيه من الزعفران وزن كذا وكذا درهماً ، ويحتمل أن يكون « وكذا » الثانية معطوفاً على الوذن ، لا على كذا ، ويكون المعنى ويعطيه وزن كذا من الزعفران ، ويعطيه كذا درهماً ، فيكون الدراهم ضميمة الى الزعفران ، وعلى هذا المعنى الثانى مبنى الاستدلال بالخبر المذكور . وأنت خبير بأن الظاهر انما هو المعنى الاول فانه هو المتبادر من هذه

وأنت خبير بأن الظاهر انما هو المعنى الاول فانه هـو المتبادر من هذه العبارة حيثما تذكر .

قال في المسالك: وعلى القول بالجواز يكون قراره مشروطاً بالسلامة كاستثناء أرطال معلومة من الثمرة في البيع، ولوتلف البعض سقط منه بحسابه لانه كالشريك، وانكانت حسته معينة، مع احتمال أن لا يسقط منه شيء بتلف البعض متى بقى قدر نصيبه، عملا باطلاق الشرط، انتهى.

الحاق:

قد اختلف الاصحاب في اجارة الارض للزراعة بالحنطة والشعير ، اذا كان الزرع حنطة أو شعيراً ، وأن يو آجرها بأكثر مما استأجرها ، وحق هذه المسئلة انما هو كتاب الاجارة ، الا أن الاصحاب حيث ذكروها في هذا المقام جرينا على حذوهم .

وكيف كان فمحل الخلاف والبحث هنا في مواضع ثلاثة :

الاول - هل يجوز أن يستأجر الارض بالحنطة ، ويزرعها حنطة أم لا ؟ المشهورالاول على كراهة ، وقال ابن البراج : لا يجوز على كيل معين من جنس ما ذرع الارض ، مثل أن يستأجر بحنطة و يزرع فيها حنطة ، احتج الاصحاب بالاصل ، وعموم الادلة الواردة في الاجارة بنقد كان أو عرض وافق ماذرع فيها أم لم يوافق .

احتج ابن البراج بصحيحة الحلبي (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) • قال : لاتستأجر الارض بالحنطة ، ثم تزرعها حنطة .

أجاب الاصحاب عنها بالحمل على ما اذا اشترط ذلك من حاصل تلك الارض أما لو أطلق أو اشترط من غيره فلابأى ، واستندوا في ذلك الى رواية الفشيل بن يسار (٢) • قال سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن اجارة الارض بالطعام قال : ان كان من طعامها فلاخير فيه ، وفيرواية أبي بردة (٣) • قال : سألت اباعبدالله (عليه السلام) عن اجارة الأرض المحدودة بالدراهم المعلومة ؟ قال: لا بأس ، قال: وسألته عن اجارتها بالطعام ؟ فقال : انكان من طعامها ، فلاخــيرفيه ، وظاهـــي شيخنا الشهيدالثاني في المسالك المناقشة فيذلك، والميل اليماذكر مابن البراج هنا ، قال بعدايراد مسيحة الحلبي حجة لابن البراج، والنهي حقيقة في التحريم ، وأجيب بحمله على اشتراطه مما يخرج منها ، لدلالة رواية الفنيل عليه ، وبحمل النهى على الكراحة ، وفيه نظر لان النهى مطلق ، ولا منافات بينه وبسين تحريم شرطه من طعامها ، حتى يجمع بينهما بحمله عليه ، والتحقيق أن المطلق والمقيد متى كانا منفيدين لايلزم الجمع بينهما ، بل يحمل المطلق في اطلاقه ، بخلاف المثبتين ، وبملاحظته يتخرج فساد كثير مما قردوه في هذا الباب ، وقد مضى مثله في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ، مع ورود نـ ص آخر بتحريم بيع المكيل والموزون كذلك ، حيث جمع الاكثر بينهما بحمل المطلق على المقيد ، وليس بشيء الى أن قال : وقول ابن البراج بالمنع لايخلو من قوة ، نظراً الى الرواية المحيحة ، الا أنالمشهور خلاف قوله ، انتهى .

أقول: لاريب أن مفهوم روايتي الفنيل وأبي بردة أنه اذاكان اجارة الارض

⁽۱) الكافى ج ه ص ١٩٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ٩ ، الوسائل ج١٣ ص ٢٠٩ ح ٣ .

⁽٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ١٠ ، الكافي ج ه ص ٢٦٥ ح ٦ .

⁽٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ٦٣ وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ه و ٩

بغير طعامها ، ففيه خير ، يعنى جائز وصحيح ، وهوظاهر في جواز اجارة الارض بالحنطة ، وان زرعت حنطة اذا لم يشترطه منها ، وهذا المفهوم مفهوم شرط ، وهو عجة عند المحققين ، وعليه دلت الاخبار أيضاكما حققناه في مقدمات الكتاب من مجلد كتاب الطهارة (١) ومخالفته لظاهر ما دلت عليه صحيحة الحلبي واضحة ، وحينتذ فلابد من الجمع ، وليس الا ماذكره الاصحاب أولا أو حمل النهي على الكراهة ، والثاني منهما قدع فت مافيه في غير موضع مماتقدم ، فلم بيق الاالاول .

ويعند الروايتين المذكورتين حسنة الوشا (٢) « قال : سألت الرضا (عليه السلام) عن الرجل اشترى من رجل أرضاً جرباناً معلومة بمأة كر على أن يعطيه من الارض ، قال : حرام ، فقلت له : فما تقول جعلنى الله فداك أن اشترى منه الارض بكيل معلوم وحنطة من غيرها ؟ قال : لابأس » ، على أنه يمكن حمل حسنة الحلبى التي استند اليها ابن البراج على المزارعة ، حسب مادلت حسنة المتقدمة في صدر الكلام في الشرط المتقدم ، ويكون حاصل المعنى فيهما معاً واحد ، وهوأنه لا يزار عبالحنطة المسماة بينهما ، وانما يزار عبالحسة الشايعة من النسف أو الثلث أو نحوهما ، وان عبر في هذه بلفظ الاجارة كما عبر في الاولى بلفظ القبالة وباب التجوز أوسع من ذلك .

ومما يعضد ما ذكرناه من حمل الاجارة على المزارعة وأن المراد بها ذلك تجوزاً ما رواه الشيخ في الصحيح عن أبي المغرا (٣) « قال : سأل يعقوب الاحمر أبا عبدالله (عليه السلام) وأنا حاضر فقال : أصلحك الله انه كان لي أخ فهلك فترك في حجرى يتيماً ولى أخ يلى ضيعة لنا وهو يبيع العصير ممن يصنعه خمراً ، ويو آجر الارض بالطعام : وأما ما يصيبني فقد تنزهت ، فكيف أصنع

⁽۱) ج ۱ ص ۵۵ -

⁽۲) التهذيب ج ۷ ص ۱۹۵ ح ۱۱، الكاني ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٨٠

⁽٣) التهذيب ج ٧ ص ١٩٦ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٧ ، ص٣٢ ح٢

بنصيب اليتيم فقال: أما اجارة الارض بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه الا أن يو آجرها بالربع والثلث والنصف، وأما بيع العصير مما يجعله خمراً فليس به بأس خذ نصيب اليتيم منه ».

فان الاجارة في الخبر لا يصح حملها على المعنى المعهود من هذا اللفظ فانها لا تصبح بالحصة من الحاصل ، وانما تصبح بأجرة معلومة ، وبهذا عر فوا المزارعة كما تقدم بأنها معاملة على الارش بحصة من الحاصل ، قالوا : والمعاملة تشمل الاجارة والمساقات ولكن خرجت الاجارة بقيد الحصة من الحاصل ، لانها انما تصح بأجره معلومة ، وخرجت المساقات بالارش ، فانها معاملة على الاصول بحصة من حاصلها ، وحينتذ فلا اشكال في حمل حسنة الحلبي على المزارعة ، كما ذكرنا بقرينة الروايتين المذكورتين كما عرفت .

بقى فى المقام مارواه الصدوق (رحمة الله عليه) فى العلل عن اسماعيل بن مراد(١) د عن أبى جعفر وأبى عبدالله (عليهما السلام) أنهما سئلا ما العلة التىمن أجلها لا يجوز أن تواجر الارض بالطعام ، وتواجرها بالذهب والفضة ؟ قال : العلة فى ذلك ان الذى يخرج منها حنطة وشعير ، ولا يجوز اجارة حنطة بحنطة ، ولا شعير بشعير » .

وهذا الخبروانكان ظاهره ممايؤيد ماذكره ابن البراج لاطلاقه الاأنه يبجب تقييده بما عرفت من خبرى الغمنيل وأبى بردة ، لدلالتهماكما تقدم على الجواز ، بما اذا لم يكن من الارش .

ويؤيد ذلك ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي بصير (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) و قال : لاتو آجر الارض بالحنطة ولا بالشعير ولا بالتمر ولا بالاربماء

⁽١) العلل ص ١٨ه باب ٢٩١، الوسائل ج ١٣ ص ٢١١ ح ١١٠

⁽۲) الكافى ج ٥ ص ٢٦٤ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٦ ٠

ولا بالنطاف ولكسن بالذهب والفشة ، لأن الذهب والفشة مشمون ، وهذا ليس بمضمون » .

والتقريب فيهما أن عدم المضمونية في الحنطة والشعير هنا انما يتجه فيما اذاكان مال الاجارة من حاصل تلك الارض ، فانه يجوز أن لا يخرج منها شيء ، بخلاف الذهب و الفضة الثابتين في الذمة بمجرد العقد ، والحنطة والشعير الخارجان عن الحاصل في حكم الذهب والفضة في سحة المضمونية أيضا ، فلاوجه لا دخالهما فيما لا يكون مضموناً والله العالم ، وبالجملة فالاقرب هو القول المشهور ، لما عرفت والله العالم .

الثانى - هل يجوز أن يستأجر الارض بحنطة منها أم لا ؟ ظاهر المشهور التحريم ، استناداً الى روايتى الفضيل وأبى بردة المتقدمتين ، بللا أعلم قائلا بخلافه صريحا .

وقال في الشرايع: ويكره اجارة أرض للزراعة بالحنطة و الشعير مما يخرج منها والمنع أشبه ، ووجه القول بالجواز وانكان على كراهة عدم سراحة الروايتين في التحريم ، لان غاية ما يدلان عليه ، انه لا خير فيه ، وهو انما يشعر بالكراهة ، وعلل القول بالمنع أيضا بأن خروج ذلك القدر منها غير معلوم ، فربما لا يخرج منها شيء أو يخرج بغير ذلك الوصف ، ومن ثم لم يجز السلم ويحنطة من قراح معين لذلك . وأجيب بأنه على اطلاقه ممنوع ، اذ ربما كانت الارض واسعة لا تحبس بذلك القدر عادة فلايتم اطلاق المنع .

أقول: الظاهر هو القول المشهور، أما على القول بالتحريم في المسئلة المتقدمة كما نقل عن ابن البراج فظاهر ، وأما على القول بالجواذ ثمة فلظاهر الخبرين المذكورين المؤيد بحسنة الوشا المتقدمة الصريحة في التحريم اذا كان من حاصلها وموردها ، وان كان البيع ومانحن فيه انما هو الاجارة ، الا أن الظاهر أن الوجه الجامع الذي أوجب البطلان في الكل من حيث عدم صحة المعاوضة بما كان من الحاصل في يع كان او

اجارة لخروج ذلك عن الشروط المعتبرة في ثمن المبيع ومال الاجارة من معلومية حصوله و كميّته عدداً او كيلا او وزنا وقد عرفت ان ما كان من الارض غير مضمون، ولا ثابت في الذمة ولا هومعلوم الحصول كما عرفت وحينتذ فلا يجوز الاجارة به ولا البيع.

الثالث: لاخلاف بين الأصحاب في جواز اجارة الأرض وغيرها من الأعيان المستأجرة بأفل مما استأجر هابه وبالمساوى والاميحدث فيها شيئاً، وكذابا كثر مما استأجرها به اذا كان قد أحدث فيها عملا.

وانما المخلاف فيما لو استأجرها بالاكثر ولم يحدث فيها شيئا ، فقيل : بالتحريم ، وقيل : بالجواز على كراهة ، وبالاول قال الثيخان ، وهو ظاهر المرتفى واختيار سلار وابن الجنيد ، وبه قال الصدوق في المقنع وأبو السلاح وابن البراج في المهذب ، وهوظاهر العلامة في الارشاد ، والطاهر أنه المشهور بين المتقدمين و بالثاني قال : ابن ادريس والعلامة في المختلف والمحقق ، ونقله العلامة في المختلف عن والده واليه ذهب سلار في موضع آخر وابن البراج في الكامل ، والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين ومنشأ الخلاف اختلاف الاخبار في المسئلة المذكورة ، ولابأس بنقلها أولا ثم الكلام فيها بما وفق الله عز وجل لفهمه منها .

فمنها مارواه المشايخ الثلاثة (رحمهم الله) عن أبى الربيع الشامى (١) عن أبى عبدالله (عليه السلام) و قال: سألته عن الرجل يتقبل الارض من الدهاقين فيؤاجرها باكثر مما يتقبلها ، ويقوم فيها بحفظ السلطان ؟ قال: لابأس به ، أن الارضليست مثل الاجير ، ولامثل البيت ان فضل الاجير والبيت حرام » .

ومنها مارواه في التهذيب والكافي في الصحيح أوالحسن عن أبي المغر ا(٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) و في الرجل يستأجر الارض ثم يؤاجرها بأكثر

⁽۱) الكافى ج ه ص ۲۷۱ ح ۱ ، التهذيب ج ۷ ص ۲۰۳ ح ٤٠ ، الفقيه ج ۳ ص ۱۵۷ ح ۱۱ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۵۹ ح ۲ و ۳ .

⁽۲) التهذيب ج ۷ ص ۲۰۳ ح ۱۱ و ص ۲۰۲ ح ۳۹، الكافي ج ه ص ۲۷۲ ح ۳ و ه ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۲۰ ح ؛ و ه .

مما استأجرها ، قال : لا بأس ان هذا ليسكالحانوت ، ولا كالاجير ، فان فضل الحانوت والاجير حرام».

ومارواه في الكافي والتهذيب عن ابراهيم بن ميمون (١) د ان ابراهيم بن المثنى سأل أبا عبدالله (عليه السلام) وهو يسمع عن الارش يستأجرها الرجل ثم يؤاجرها بأكثر من ذلك ، قال : ليس به بأس ان الارش ليست بمنزلة البيت والاجير ، ان فضل البيت حرام وان فضل الاجير حرامه .

وهذه الروايات الثلاثة هي حجمة المتأخرين على القول بالجواذ ، الأأن ذلك انما هو في الارض خاصة ، لانها صريحة في التحريم بالنسبة الى الاجرر ، والبيت ، والحانوت ، و المدعى أعم من ذلك كما عرفت في فرض المسئلة ، فلا تكون وافية بتمام المطلوب .

وينبغى أن يعلم أن تحريم الفضل بالنسبة الى هذه الثلاثة ليس على الاطلاق بل مخصوص بما أذا لم يعمل فى ذلك عملا قبل أن يؤجره، لما رواه فى الكافى والتهذيب عن الحلبى (٢) فى الصحيح أو الحسن «عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: لو أن رجلا استأجر داراً بعشرة دراهم، فسكن «ثلثيها» وآجر ثلثها بعشرة لم تكن به بأس، ولايؤ اجرها بأكثر مما استأجرها به الأأن يحدث فيهاشينا».

ورواه في الغقيه عن ابي الربيع (٣) • قال : سئل أبو عبدالله (عليه السلام) لوأن رجلا ، الحديث .

وعن الحلبي (٤) أيضا في الصحيح أوالحسن دعن أبي عبدالله (عليه السلام)

⁽۱) التهذيب ج.٧ ص ٢٠٣ ح ٤١ و ص ٢٠٧ ج ٣٩، الكافسي ج ه ص ٢٧٢ ح ٣ و ه ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٠ ح ٤ و ه .

⁽۲) الكافسى ج ه ص ۲۷۲ ح ؛ ، التهد ذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ١ ولكن بدل د ثلثيها و ثلثها » د بيتا منها » ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٣ .

⁽٣) الققيه ج ٣ ص ١٥٧ ذيل حديث ١١، الرسائل ج١٣ ص ٢٥١ خ٢ -

⁽٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٤ .

فى الرجل يستأ جرالدار ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها قال: لايصلح ذلك الا أن يحدث فنها شيئا ».

اقول: وعلى هذا فيكون الفرق في الروايات الثلاثة المتقدمة بين الارض و الثلاثة المعدودة فيها هو أنه يجوز اجارة الارض بالاكثر، أحدث فيها شيئًا أم لم يحدث، وفي الثلاثة المذكورة لاتجوز الامع احداث شيء فيها.

وبه يظهر ما في الجمع بين هذه الاخبار وبين ما سيأتي مما يدل على التحريم مع احداث شيء فيها ، بتقييد اطلاق هذه الاخبار بتلك من الاشكال ومنها مارواه في الكافي والتهذيب عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : سألته عن رجل استأجر من السلطان من أرض النحراج بدراهم مسماة أو بطعام مسمى ، ثم آجرها وشرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقل من ذلك أو أكثر وله في الارض بعد ذلك فضل ، أيصلح له ذلك ؟ قال : نعم اذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم بذلك ، فله ذلك قال : وسألته عن رجل استأجر أرضاً من أرض الخراج بدراهم مسماة أو بطعام معلوم ، فيؤاجرها قطعة قطعة أو جريباً جريباً بشيء معلوم ، فيكون له فضل فيما استأجره من السلطان ، ولا ينفق شيئاً أو يؤاجر تلك الارض قطعاً قطعاً على أن يعطيهم المبذر والنفقة ، فيكون له في ذلك فضل على اجارته ، وله تربة أن يعطيهم المبذر والنفقة ، فيكون له في ذلك فضل على اجارته ، وله تربة فيها فلا بأس بما ذكرت ، .

ورواه في الغقيه مرسلا (٢) « قال سئل أبو عبدالله (عليه السلام) عن رجل استأجر أرضاً من أرض الخراج الحديث .

⁽۱) الكافى ج ه ص ۲۷۲ ح ۲ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٣ ح ٢٤ ، الوسائل ج١٣ ص ٢٦٣ ح ٣ و٤ .

⁽٢) الفقيه ج ٣ ص ١٥٧ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦١ ح ٣ و ٤ .

790

وما رواه في الكافسي والتهذيب عن الخلبي (١) • قال : قلت لابي عبدالله (عليه السلام): أتقيل الارض مالثلث أوالربع فأفيلها مالنصف؟ قيال: لا مأس، قلت : فأتقبلها بألف درهم فأقبلها بألفين ؟ قـال : لايجوز ، قلت :كيف جاز الاول ولم يجز الثاني، قال: لأن هذا مضمون وذاك غير مضمون ، .

قال الفاضل المحدث الامين الاسترابادي قوله « لأن هذا مضمون ، الي آخره أقول : يعمني في الصورة الاولى لم يضمن شيئًا ، بل قال : ان حصل شيء يكون ثلثه أو تصفه لك ، وفي الثانية ضمن شيئًا معينا ، فعليه أن يعطيه ولولم يحصل شيء ، انتهي.

وهو جيسه فان الغرض بيان علَّة الفرق واقعاً وان لم يعسلم سبب عليتها ، ولا يخفي على هذا أن ذكر الدراهم انما خرج مخرج الثمثيل، ويكون الغرض الفرق بين المزارعة والأجارة فان المزارعة لاتسم الا بالحصة الشايعة من نسف أو ثلث أو نحوهما ، بخلاف الاجارة ، فانها لا تصح كذلك ، بل لابد من كون مال الاجارة دنانير أو دراهم ، أو عروضاً مضمونة أو منقودة .

وقال الفاضل المشهور مخليفة سلطان في حواشيه على الفقيه : المراد أن ما أحدث شيئاً ذايداً مما دفعت من الذهب والفضة فهو مضمون وأنت ضامن له يجب دفعه الى صاحبه ، فهو نقل للحكم ، لا بيان للحكمة ، ولا يخفي بعده ، وهـنه الاخسار ونحوها ـ مما سيأتي الشاءالله تعالى ـ ظاهرة في عـدم الجواز مطلقاً الأمع القبود المذكورة فيها.

ولهذا ان الشيخ في الاستبصار بعد أن نفسل الاخبسار الثلاثة الاول قال : قال محمد بن الحسن : هذه الاخبار مطلق في جواذ اجارة الارض بأكثر مما استأجرها ، وينبغي أن يقيدها بأحد أشياء ، اما أن نقول يجوز له اجارتها اذاكان

⁽١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٦ ، التهذيب ج٧ ص ٢٠٤ ح ٢٤ ، الوسائل ج١٣ ص ۲۶۰ ح ۰۱

استأجرها بدراهم ودنانير معلومة أن يواجرها بالنصف أو الثلث أو الربع ، وان علم بأن ذلك أكثر يدل على ذلك مارواه محمد بن يحيى ، ثم ساق رواية الهاشى المتقدمة الى آخر السؤال الاول خاصة ، وهو قوله فله ذلك ، ثم قال : والثانى أنه يجوز مثلا اذا استأجرها بالثلث والربع أن يوجرها بالنصف ، لان الفضل انما يحرم اذا كان استأجرها بدراهم ، وآجرها بأكثر منها ، وأما على هذا الوجه فلا بأس ، يدل على ذلك مارواه أحمد بن محمد ، ثم ساق رواية العلبي المتقدمة التي بعد رواية الهاشي ، ثم أردفها بما رواه عن اسحاق بن عمار (١) في الموثق عن أبي عبدالله (عليه السلام) وقال : اذا تقبلت أرضاً بذهب تقبلها بأكثر مما تقبلتها به ، وان تقبلتها بالنعف أو الثلث فلك أن تقبلها بأكثر مما تقبلتها به ، لان الذهب والفضة مضمونان ، ومنها أنه انما جاز ذلك أذا أحدث فيها حدثاً ، وأما قبل ذلك فلا ينبغي ذلك وهو الاحوط ، يدل على ذلك ما رواه محمد بن يحيى ، ثم ساق تتمة رواية الهاشمي من قوله : وسألته عن رجل استأجر أرضاً من أرض الخراج بدراهم مسماة ، الى آخرها ثم قال : ومنها أنه يجوز له أن يؤاجرها بعضاً منها بأكثر من مال اجارة الارض ويتمر ف هو في الياقي من ذلك بجزء من ذلك وان قل .

يدل على ذلك مارواه فى الصحيح عن محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما (عليهما السلام) قال: سألته عن الرجل يستكرى الارض بمائة دينار فيكرى نصفها بخمسة وتسعين ديناراً ويعمر هو بقيتها قال: لا بأس ، انتهى.

ونقل فى التذكرة عن الشيخ أنه قال: لا يبجوز أن يؤجر المسكن ولا الخان ولا الاجير بأكثر مما استأجره، الا أن يؤجره بغير جنس الاجرة، أو يحدث ما يقابل التفاوت، وكذا لو سكن بعض الملك لم يجز أن يؤجر الباقى بزيادة عن

⁽١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٢ ح ٦٠

⁽٢) التهذيب ج٧ ص ٢٠٥ ح ٤٨ ، الوسائل ج١٣ ص ٢٦٢ ح١٠

الآجرة والبعنس واحد ، ويبجوز بأكثرها لرواية الحلبي (١) عن الصادق (عليه السلام) د استأجر داراً بعشرة دراهم » الحديث كما قدمناه ، والظاهر أنه من أجل هذا النقل خص بعض مشايخنا المتأخرين خلاف الشيخ بهذه الثلاثة ، والذى يظهر من العلامة في المختلف أنه أعم ، حيث قال: قال الشيخان: اذا استأجر شيئا لم يجز أن يؤجره بأكثر مما استأجره به الاأن يحدث فيه حدثاً من مسلحة ونفع اذا اتفق الجنس الى آخره . .

وكيفكان فالذى يظهر من تتبع الاخبار هو العموم، وانما الاشكال فى كون ذلك على جهة التحريم أو الكراهة، أما العموم فقد عرفت من الروايات الثلاث المتقدمة أولا الدلالة على البيت والاجير والحانوت، ومنها الداركما تقدم فى صحيحة الحلبى أو حسنته، ومنها الارض كما تقدم فى رواية الهاشمى ورواية الحلبى التي بعدها وموثقة اسحاق بن عمار المذكورة فى كلام الشيخ.

ومنها الرحا لما رواه المشايخ الشلانة عن أبى بسير (٢) • قال : قال : أبوعبدالله (عليه السلام) : انى لاكره أن استأجر رحاً وحدها ثم اواجرها بأكش مما استأجرتها به ، الا أن يحدث فيها حدثا أو يغرم فيها غرامة ، .

ومنها السفينة مع بعض ماتقدم لما رواه الشيخ في التهذيب عن اسحاق بن عماد (٣) عن جعفر عن أبيه (عليها السلام) ان أباه كان يقول: لابأس بأن يستأجر الرجل الدار أو الارض أوالسفينة ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به اذا أصلح فيها شيئًا ».

ومنها العمل لما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم (٤) في الصحيح عن

⁽١) الكافي ج ه ص ٢٧٢ ح ؛ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٣ .

⁽٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٤ ح ٤٦ ، الفقيه ج ٣ ص ١٤٩ ح ٤ وفيه عن سليمان

بن خالد، الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٥ .

⁽٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٣ ح ٦١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٢ .

⁽٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١٠

أحدهما (عليهما السلام) أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلايعمل فيه ويدفعه آلى آخر فيربح فيه ،قال: لا ، الا أن يكون قد عمل فيه شيئًا ، .

ومارواه في التهذيب(١) عن أبي حمزة في الصحيح عن أبي جعفر (عليه السلام) الحديث المتقدم الى قوله . لا » ، ولم يذكر الاستثناء .

وما دواه المشايخ الثلاثة عن حكم الخياط (٢) • قال : قلت لابي عبد الله (عليه السلام) : انى أتقبل الثوب بدرهم وأسلمه • بأقل ، منذلك لاأزيد على أن أشقه قال : لابأس فيما تقبلته من عمل استغضلت فيه » .

وما رواه في الفقيم والتهذيب عن مجمع (٣) د قال : قلت لآبي عبدالله (عليه السلام) : أتقبل النياب أخيطها ثم أعطيها الغلمان بالثلثين فقال : أليس تعمل فيها ؟ قلت : أقطعها وأشترى لها الخيوط قال : لا بأس » .

ومارواه فى الكتابين المذكورين عن على الصايغ (٤) و قال: قلت لابى عبدالله (عليه السلام): أتقب المعمل ثم أقبله من الغلمان يسملون معى بالثلثين ؟ فقال لا يصلح ذلك الأأن تعالج معهم فيه ، قلت : فانى اذيبه لهم عدقال : فقال : ذلك عمل فلا بأس ، .

وما رواه في التهذيب عن محمد بن مسلم (٥) عن أحدهما (عليهما السلام) « قال: سألته عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه و يعطيه من يخيطه و يستفضل؟ قال: لا بأس قد عمل فيه » .

هذه جملة ما وقفت عليه من أخبار المسئلة ، وهذه الاخيار كلها متفقة

⁽١) التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ه ، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ٤ .

⁽۲) الكافى ج ه ص ۲۷۶ ح ۲ ، التهذيب ج ۷ ص ۲۱۰ ح۷ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۱۵ ح ۲ .

⁽۲) و (٤) المتهذيب ج ۷ ص ۲۱۱ ح ۸ و ۹ ، الفقيسه ج ۳ ص ۱۵۹ ح ۱۰ و ۹ وفيه « ادينسه » ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۶۲ ح ۷ و ۲

⁽٥) التهذيب ج٧ ص ٢١٠ ح ٢ ، ٨ الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٦ ح ٥ .

الدلالة واضحة المقالة على النهى عن الاجارة بأكثر مما يستأجره في كل شيء الا أن يعمل فيه شيئاً ، وإذا ضممت بعضها إلى بعض ظهر لك العموم في الحكم فإن ذكر هذه الاشياء المخصوصة في الاخبار انما هو من قبيل التمثيل . بمعنى أن كل فرد فرد من هذه الافراد المذكورة ، سئل عن حكمه في الاجارة بأكثر مما استوجر عليه أجيب فيه بذلك ، والعموم كما يحصل بالاداة الموضوعة له ، كذا بتتبع الافراد والجزئيات على ضحو القواعد النحوية المبتنية على تتبسع أقوال العرب ، وظاهرها الاكتفاء بعملما ، وإن قل ، فلايشترط فيه المقاومة لما يأخذه زايداً ، ونظيره ماتقدم في الضمايم .

وأما وجه الاشكال فمن حيث دلالة الاخبار الثلاثة المتقدمة في صدر البحث على الجواز في الارض ، وماذكره المتأخرون في الجمع بينها وبين هذه الاخبار من حمل هذه الاخبار على الكراهة ، قد عرفت مافيه مما قدمناه في غير مقام من البحث معهم في هذه القاعدة التي بنوا عليها في جميع أبواب الفقه من الجمع بين الاخبار بحمل الامر على الاستحباب ، والنهى على الكراهة .

على أن بعض هذه الاخبار المذكورة قد اشتمل على ما هـو صريح فى التحريم ، مثل قوله (عليه السلام) فى رواية الحلبى فيمن تقبـل الارض بألف وقبلها بألفين «لايجـوز»، وقوله (عليه السلام) فى الروايات الشلائة المتقدمة فى صدر البحث وفيها « أن فضل الاجير والبيت والحانوت حرام»:

وبذلك يظهر ضعف ما استند اليه بعض محققى متأخرى المتأخرين فو تأييد الكراهة بقوله (عليه السلام) فى دواية أبى بصير الواردة فى الرحى «أ لاكره أن استأجرها ، فان فيه ان استعمال الكراهة فى الاخبار بمعنى التحر أكثر كثير ، واستعمالها فى هذا المعنى العرفى انما هو اصطلاح متأخر .

ربالجملة فان المتأمل في ماذكرناه سيما مع تصريح الاخبار بالتحريه لا يخفي عليه ضعف الحمل المذكور.

وأما الجمع بتقييد اطلاق الاخبار الثلاثة _ بما دلت عليه هذه الاخبار من عمل شيء قبل الاجارة كماذهب اليه الشيخ وجمع من الاصحاب فمعنى نفى البأس عن اجارة الارض بأكثر مما استأجرها التقييد بما اذا عمل فيها شيئا.

ففيه ما أشرنا اليه آنفا من أن التحريم في البيت والاجير والحانوت انما هو مع عدم احداث عمل ، وأما مع احداث العمل فالفغل ليس بحرام ، بل هو جائز ، واى فرق على هذا بين الارض وهذه الثلاثة ، حتى أنه يقول : في تلك الاخبار انالارض ليست كالاجير والبيت ، والعجب من أصحابنا حيث لم يتنبه منهم أحد لذلك ، والا جماع قائم منهم على أنه مع احداث عمل فانه يجوز .

وبالجملة فانه متى قيدالتحريم في الثلاثة المذكورة بعدم احداث شيء كما أوضحناه سابقا ، وقيد الجدواز في الارض بنما اذا أحدث فيها شيئا كما ذكروه رجع الجميع الى أمر واحد ، ولم يبق فرق مع أن ظاهر الاخبار المذكورة أنها ليست سواء ، وهذا انما يتجه على تقدير جواز اجارة الارض مع الفضل وان لم يحدث فيها شيئا ، وهو بحمدالة سبحانه ظاهر لاسترة عليه ، وان لم يتنبه أحد من الاصحاب اليه .

وأما باقى معامل الثين التي تكلفها في كتاب الاستبصار كما قدمنا نقله عنه فانها لا تتخلو من اشكال ، وان لم أقف على من تنبه له من علمائنا الابدال .

أما الاول وهوأن يستأجرها بدداهم ودنانير ويبجوذ له مواجرتها بالنسف والثلث والربع وان علم أن ذلك أكثر ، فهو وان دل عليه الخبر الذى ذكره الا أنه لايخلو من الاشكال ، لدلالته على جواذ الاجارة بالحسة من نسفأوئلت ونسوهما ، وهو مما لاقائل به ، وقد تقدم فى الفائدة الخامسة من الفوايد المتقدمة التنبيه علىذلك ، علىأن الخبر المذكور قد دل معذلك على التقييد بما أذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئًا يعينهم ، وبذلك ترجع الرواية الى غيرها من الروايات الدالة على التقييد بعمل شيء ، وترجع الى ما ذكرناه من التأويل المتقدم ،

4.1

وأما الحمل الثاني وهوأن يستأجرها بالثلث والربع ويؤجرها بالنصف، فهو أيضاً وان دل عليه الخبران المذكوران ، الا أن ماذكرنا من الاشكال المتقدم جار فيهما ، فان الاجارة لاتصبح بالحصة كما عرفت ، وان حمل الخبران على المزارعة فانها هي التي يصح فيها ذلك ، خرجاعن موضع البحث ، فلا يصح الاستدلال بهماكما لايخفي.

وأما الحمل الثالث _ فقد عرفت الكلام فيه، وأما الحمل الرابع ففيه انه لايظهر بهذا فرق بن الارض وبن تلك الثلاثة المعدودة في تلك الاخبار ، فان كلامنهما متى عمل به كذلك صبح، أرضاً كان أوبيتاً أوغيرهما ، وأنت فدعرفت دلالة الاخبار الثلاثة على أنه ليست الارض مثل تلك الثلاثية في حد الزايد ، وجواز المؤاجرة به ، بمعنى أنه يحل في الارض دون تلك الثلاثـة .

وماذ كره في هذا الحمل مشترك في الجميع ، فأى معنى في الجمع به بين تلك الاخبار ، و يما أوضحناه من بطلان هذه المحامل من كل من الطرفن تيقي المسئلة في قالب الأشكال ، فان الروايات الشهلائة المتقدمة ظاهرة في جمواز الزيادة في مؤاجرة الارض وان لم يحدث شيئًا ، وما عداها من الاخبار الكثيرة ظاهر في المنع ، وبعضها كما عرفت سريح في التحريم ، ولا يعضرني الان مذهب العامة في هذه المسئلة، فلعل أخبار أحد الطرفين انما خرج مخرج التقية والله العالم.

الثاني من الشروط الثلاثة المتقدم ذكرها تعيين المدة، وهو المشهور في كلام الاصحاب، وفيه وجه بالعدم، قال المحقيق في الشرايم: ولو اقتصر على تمين المزروع من غيير ذكر المدة فوجهان : أحدهما يسم ، لأن لكل ذرع أمداً فيني على العادة كالقراض ، والاخر يبطل كالاجارة وهو أشبه .

قال في المسالك: الأقوى اشتراط تعسن المدة على الوجه السابق، لأن مقتضى المقد اللازم ضيه أجله ، والفرق بينها وبهن القراض واضح ، لانه عقد جائز لافائدة في ضبط أجل له لوشرط ، لجواز الرجوع قبله ، بخلاف المزارعة فكان الحاقها بالاجارة أشبه .

أقول: لـم أظفر في الاخبار بمايدل صريحاً على اشتراط المدة في هذه المعاملة ، واليه يشيرهنا الاستناد في الاشتراط الى الالحاق بالا جارة ، وفي العدم الى الالحاق بالقراض ، ولو كان هنادليل من الاخبار لم يحتج الى الالحاق بالاجارة ، ومجرد كونه عقداً لازماً كما ذكره في المسألك مع تسليمه لا يستلزم المدة ، لما علم من أن الغرض المترتب عليه حصول الحصة المشترطة ، فيناط حنيشة بالامد المتعارف لذلك الزرع ، وحصول الحصة المشترطة ، وأي مانع من ذلك فاشتراط مازاد على ذلك يحتاج الى دليل واضح .

وربما استدل على اعتبار الأجل فيها بما رواه في الكافي عن يعقوب بن شعيب (١) في السحيح عن أبي عبدالله (عليه السلام) في حديث د قال : وسألته عن الرجل يعطى الرجل الارض فيقول : اعمرها وهي لك ثلاث سنين أو خمس سنين أوماشا الله ؟ قال لابأس » .

ورواه المعدوق و الشيخ نحوه وعن الحلبي (٢) في المحيح أو الحسن عن أبي عبدالله (عليه السلام) و قال: لا بأس بقبالة الارض من أهلها عشر بين سنة ، وأقل من ذلك أو أكثر، فيعمرها ويؤدى ما خرج عليها ، ولا بدخل العلوج في شيء من القبالة ، فإنه لا بحل ».

وبهذا الاسناد (٣) عن أبي عبدالله (عليه السلام) ؟ قال : ان القبالة أن يأتي

⁽۱) الكافى ج ه ص ٢٦٨ ح ٢ ، العقيمة ج ٣ ص ١٥١ ح ١ ، التهديب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢ ، التهديب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ١ .

⁽۲) التهذيب ج ۷ ص ۱۹۹ ح ه ۲ ، الكافي جه ص ۲۹۹ ح ۳ ، الوسائل ج ۱۲ ص ۲۱۹ ح ۳ .

⁽۲) التهذيب ج۷ ص ۱۹۷ ح ۲۰، الكافى ج ه ص ۲٦٨ ح ۳، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۰۲ ح ۲.

الارض الخربة فتقبلها من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك ، أو أكثر فيعمر ها ويؤدى ماخرج عليها فلا بأس به ».

وما رواه الشيخ عن الحلبى (١) فى الصحيح عن أبى عبدالله (عليه السلام) د أنه قال: فى القبالة أن يأتى الرجل الارض الخربة فيتقبلها من أهلها عشرين سنة ، فانكانت عامرة فيها علوج فلا يحل له قبالتها ، الا أن يتقبل أرضها فيستأجرها من أهلها ولا يدخل العلوج فى شى عمن القبالة فانه لا يحل ،

وعن أبى الربيع الشامى (٢) عن أبى عبدالله (عليه السلام) « قال : سألته عن أدمن يريد رجل أن يتقبلها فأى وجوء القبالة أحل ؟ قال : يتقبل الارض من أربابها بشى معلوم الى سنين مسماة فيعمر ويؤدى الخراج ، قال : فانكان فيها علوج فلا يدخل العلوج فى قبالة الارض ، فان ذلك لا يحل » .

وأنت خبير بما فيه ، فان غاية ما يدل عليه ما عدا الخبر الاخير هو أن مالك الارض يعطى أرضه شخصاً آخر ليعمرها ، ويأكل حاصلها ويؤدى خراجها كما هوصريح الخبر الاول ، وان عبر عن ذلك في غيره بلغظ القبالة ، وُلهذا قال المحدث الامين الاسترابادى في حاشية له على صحيحة الحلبي الثانية : وقوله فيها د ان القبالة أن يأتي الارض ، الى آخره كأنه اشارة الى قبالة متعارفة في بلد الرادى أو بلده وليس المقسود حصر القبالة في ذلك انتهى .

وقال شيخنا المجلس في حواشيه على صحيحة الحلبس الاولى: كأنه استأجره لاعمال معلومة ، من تنقية القنوات وكرى الانهار ، والعمل في الارض وغيرها ، وجعل وجه الاجارة منفعة الارض أو أجرة مثلها ، ولماكان بعقد القبالة لاتضر الجهالة ، ويمكن حمله على الجعالة .

وقال والده في حاشية له على صحيحة يعقوب بن شعيب: يمكن حمله على الجعالة في العمل بحاصل الملك ، فلا تض الجهالة أو على أن يؤجره الارض

⁽۱) و (۲) التهذيب ج ۷ ص ۲۰۱ ح ۳۳ و ۳۶ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۱۳ ح ۲ و ص ۲۱۶ ح ه

بشيء ثسم يستأجره للعمل بذلك الشسيء والاول أظهر انتهى.

وأنت خبير بأنه حيث كان ظاهر الاخباد المذكودة ما قدمناه من اعطاء الارض تلك المدة ليعمرها ، ويأكل حاصلها وهذا بحسب ظاهره غير منطبق على شيء من المعاملات الموجبة لحل أكل حاصل الارض المذكودة ، فتادة حملوه على الجعالة من حيث عدم صحة حمله على الاجادة ، لجهالة الاجرة وعدم معلوميتها ، ومنهم من جعلها معاملة متعادفة كانت في ذلك الزمان ونحو ذلك من هذه التكلفات التي ذكروها ، وكيف كان فهي من الدلالة على ما ادعاه هذا القائل معزل .

وأما الاخير من الاخبار المذكورة فانه ظاهر في الاجارة فلا اشكال فيه ، وبالجملة فاني لاأعرف لهم دليلا في هذه المسئلة على اشتر اطالا جل في المزارعة ، ولاموجباً لفسادها بدونه ، الا مجرد ظاهر اتفاقهم على الحكم المذكور ، وماعلل به في المسالك قد عرفت مافيه ، على أن في دعوى كونها عقداً على الوجه الذي تقدم نقله عنه في صدر الكتاب مناقشة ظاهرة قد تقدمت الاشارة اليها .

وغاية ما يغهم من الاخبار وقوع التراضى من الطرفين على المزارعة بالنصف أو الثلث أوصحو هما على حسب ما يتغقان عليه من البذر والعوامل والخراج عليهمامعاً ، أو على أحد هما ، أو بالتفريق ، والارض من أيهماكان .

فمن الاخباد في هذا المقام دواية ابراهيم الكرخي (١) * قال : قلت لابي عبدالله (عليه السلام) : أشارك العلج ، فيكون من عندى الادش والبذر والبقر ، ويكون على العلبج القيام والسقى والعمل في الزرع حتى يصير حنطة وشعيراً ويكون القسمة فيأخذ السلطان حقه ، ويبقى مابقى على أن للعلبج منه الثلث ، ولى الباقى ، قال: لا بأس بذلك ، قلت: فلى عليه أن ير د على مما أخر جت الارش البذر ويقسم الباقى ، قال : انماشار كنه على ان البذر من عندك ، وعليه السقى والقيام .

⁽۱) الكافي ج ه ص ٢٦٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٢ ح ١ .

وعن يعقوب بن شعيب(١) في الصحيح عن أبي عبدالله (عليه السلام) د قال : سألته عن الرحل مكون له الارض ، الخمر .

وقد تقدم في الفايدة الثالثة من الغوايد المذكورة في صدر الكتاب وعن يمقوب بن شعيب (٢) في خبر قال: وسألته عن المزارعة ٢ قال: النفقة منك والارض لساحبها، فما أخرج الله تعالى منها قسم على الشرط، وكذلك أعطى رسول الله (صلى الله عليه وآله) أهل خيبر حين أثوه، فأعطاهم إياها على أن يعمروها، ولهم النصف.

وعن سماعة (٣) في الموثق و قال سألته عن مزارعة المسلم المشرك فيكون من عندالمسلم البدر والبقر ، وتكون الارض والما والخراج والعمل على العلج ؟ قال : لا بأس ، الى غير ذلك من الاخبار التي من هذا القبيل ، وليست المزارعة فيها الا عبارة عن تراضيهما على هذه الوجوه بأى نحو اتفق ، ولا عقد كما يدعونه ولا صيغة خاصة بالكلية ، وليس في شي منها على كثرتها اشارة الى أجل ولا مدة ، بل المناط فيها ادراك الحاصل كما يشير اليه قوله في رواية الكرخي (٤) وحتى يصير حنطة و شعيراً ، بقى الكلام في أنه لو ذكرت المدة في العقد مع كونها كما عرفت لادليل عليها ، فهل يشر تب عليها أثر أم تكون لغواً من القول ؟ وجوده كعدمه ، الظاهر الثاني والله المالم .

وتمام تحقيق الكلام في المقام يتوقف على بيان أمور:

الاول - هل يعتبر في المدة المذكورة امتدادها الى ادراك الزراعة علماً أو ظناً غالباً ، فلو اقتصر على مادون ذلك بطل العقد أم لا ؟ ظاهر اطلاق جملة من عبارات الاصحاب الثاني ، ومنهم المحقق في الشرايع ، والعلامة في الارشاد وسريح جملة منهم الاول ، واستشكل في القواعد .

⁽۱) و (۲) و (۳) الكافى ج ه ص ٢٦٨ ح ٢ و ١٤لوسائل ج١٣ ص ٢٠٣ ح ٢ و و ص ٢٠٤ ح ١

⁽٤) التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٢ ح ١ .

قال في المسالك بعد نقل عبارة المستف المشاد اليها: مقتضى اطلاق العبارة عدم الفرق مع ضبط المدة بين كونها وافية بادراك الزرع فيها وقاصرة ومحتملة وهو أحد الوجهين في المسئلة ، والاقوى اعتبار مدة يدرك فيها الزرع علما أو ظناً غالباً ، فلو اقتصر على ما دون ذلك بطل العقد ، لان الغرض في المزارعة هو الحصة من النماء ، فاذا لم يتحقق في المدة غالباً بقى العقد بلا عوض ، وانه خلاف وضع المزارعة ، والاعتذار بامكان التراضى بعد ذلك على بقائه لا ينفع لان التراضى غير لازم ، فلا يعلق عليه شرط لازم ، انتهى .

أقول: وقدعرفت أنه لادليل على اشتراط المدة في المزارعة ، وانما الظاهر من الاخبار التي قدمناها ونحوها هو اناطة ذلك بادراك الحاصل ، بمعنى أن يتراضيا على المعاملة المذكورة بالشروط المقررة بينهما ، والعمل فيها حتى يدرك الحاصل ويقتسماه ، فإن الغرض من المزارعة انما هو تحصيل الحاصل منها لكل من المالك والمزارع ، فيأخذ المزارع حصته ويأخذ المالك حصته الباقى ، وحينتذ فلوفرضنا قيام دليل على اشتراط الاجل فيها ، فإنه لامعنى لجعله أقل من وقت ادراك الحاصل ، فالقول به أو الاستشكال من أجله لاأعرف له وجها بالكلية .

الثانى - انهم قالوا: بناء على ما قدمنا نقله عنهم من اشتراط المدة فى المقد المذكور لو منت المدة والزرع باق بأن ذكر مدة يظن الادراك فيها فلم يحصل، فهل لمالك الارض ازالته أوليس له ذلك، أو له الازالة مع ضمان الارش أقلوا ثلاثة ، قالوا: وجه الاول انقناء المدة التى يستحق عليه فيها التبقية، والاصل تسلط المالك على ملكه كيف شاء ، ولان الزارع بعد المدة لاحق له، فيكون ابقاء مدون اذن المالك ظلماً.

ووجه الثانى أنه قد حصل فى الارض بحـق فلم يكن للمالك قلعه: ولان للزرع أمداً معيناً غير دائم الثبات ، فاذااتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو استأجر مدة للزرع فانقفت قبل ادراكه .

ووجه الثالث الجمع بين الحقين ، واورد عليه بأنه يشكل فيما لو كان التأخير بتقصير الزارع.

وبالاول صرح المحقق في الشرايع ، واختماره في المسالك ، قال : وما اختاره المصنف أقوى ، لزوال حقالزارع بانقضاء المدة ، فلا ارش له ولا استحقاق وهو جيد لو ثبت دليل على اعتبار المدة .

ويالله والعجب أنه اذا كان الغرض من المزادعة انما هو الحاصل من الزرع والانتفاع به ، فلو فرضنا أن مالك الارض هو صاحب القسط الاعظم من الحاصل وساحب الحصة انما هو العليج مثلا وانقضت المدة قبل الادراك كما فرضوه فكيف يقدم المالك على ضرد نفسه بقلع الزرع ، و يتصود النزاع بينه وبين العلج فى ذلك ، ويتر تب عليه هذا النخلاف ، واين هذا من ذلك الغرض الباعث على المزارعة وخسران ما صرفوه من بدر وعوامل وعمل ونحو ذلك ، وهل يتصود في عقدل عاقل القدوم على مثل ذلك والحال كما عرفت .

وكيفكان فان البناء على هذه التعليلات التي ذكر وها لكل من هذه الاقوال بمحل من الاشكال ، لما عرفت في غير مقام مما تقدم ، والمسئلة غير خالية من الاشكال والالتباس ، خصوصاً لما عرفت من عدم البناء فيها على أساس .

نعم لو جعل هذا الخلاف بعد ادراك الفلة لكان أقرب الى الصواب و على تقدير القول تقدير القول الأظهر هو القول الأول من الاقوال المتقدمة ، قيل : وعلى تقدير القول الأول فينبغى أولا تكليف المزارع بالازالة ، والا فرفع الامر الى الحاكم ثمبعد تعذره مباشرة المالك بنفسه .

واختاد في القواعد أن للمالك الازالة مع الارش ، أو التبقية بأجرة للمالك ، وحينتُذ يصيرهذا قولا رابعاً في المسئلة وأورد عليه بأنه يلزم منه ايجاب عوض في ذمة المرزارع بدون رضاه ، وذلك غير معقول .

ثم انه على تقدير جواز الفلع بأرش أولابه، فالمفلوع مشترك بينهما بناء

على أن الزارع يملك الحصة ، وان لم ينعقد الحب ، خلافالابن ذهرة .

ثم انه على تقدير ثبوت الارش بقلعه قال في المسالك: طريق تحصيله أن يقوم الزرع قائما بالاجرة الى أو ان حصاده ومقلوعاً ، ثم انه على تقدير القول الاول لواتفقا مما على التبقية، جاز بعوض كان أم لا ، الا أنه متى كان بعوض افتقر في لزومه الى تعيين مدة ذائدة .

وعلى تقدير القول الثانى وهوالقول بوجوب ابقاء فهل تبب الاجرة أم لا ؟ قولان : أولهما للعلامة في التذكرة ، وثانيهماله أيضاً في القواعد ، قالوا : وعلى تقدير اتفاقهما على البقاء بأجرة تكون اجارة الارض حقيقة ، لانقضاء مدة المزارعة ، فلابدمن ضبط المدة كالاجارة ، فان جاذ الاطلاق في المزارعة فلو لم يضبطاها أواتفقا على الابقاء بالاجرة ، وأطلقا وجب أجرة المثل .

الثالث حقالوا: اذاعقد المزارعة الى مدة معينة فشرط في متن العقد تأخير الزرع الى أن يدرك أو الى مدة أخرى أن بقى الزرع بعد المدة المشترطة غير مدرك بطل العقد ، لانه يعود الى الجهالة فى المدة ، لان المدة فى الحقيقة تسيرهى المجموع مما وقع عليه الشرط ، ومما عين أولافى متن العقد ، والذى عين فى متن العقد ، وان كان مدة مضبوطة الا أن المذكورة فى الشرط مجهولة وشرطها فى متن العقد من جملة العوض ، فاذا تضمن جهالة بطل العقد ، كمالو

ويحتمل على هذا القول صحة الشرط المذكور، وان تضمن البجهالة ، لان المدة المذكورة في العقد مضبوطة ، وما تضمنه الشرط انما هومن قبيل التابع ، ذكر احتياطاً ، لاحتمال الحاجة ، وجهالة التابع غير مض ، كما تقدم نظيره في الضمائم الا أن المشهور بينهم هناك هو البطلان متى كان المقصود بالبيع البحميع ، وانما يصح عند هم فيما اذاكان المقصود المعلوم ، وجمل المجهول تابعاً وقد بينا ضعفه ثمة ومن هنار جح في المسالك القول الاول بناء على ما اختاره هناك من القول المشهور .

الرابع - من فروع اعتبار المدة في هذا العقد ما لوترك العامل المزارعة حتى انقضت المدة ، فانه تلزمه أجرة المثل ، كما لواستأجرها مدة معلومة ، فانه تلزمه الاجرة ، لان منفعتها قد صارت مستحقة له ، حيث لا يتمكن المالك من استيفا هما ، وقد فوتها عليه فتلزمه الاجرة لذلك .

والاكثر على أنه لافرق في لزوم أجرة المثل للمزارع بين تركه العمل والانتقاع بالارض اختياراً أو غيره ، وقيل : بالغرق بين الامرين ، لعدم التقسير على تقدير الثاني ، ومقتضى العقد لزوم العصة خاصة ، ولم يعصل منه تقصير في عدم حصولها يوجب الانتقال الى ما لايقتضيه العقد ، وهو أجرة المثل الذي ذكروه .

أقول: ويأتى على ماذكرناه: من عدم دليل على اعتبار التأجيل في هذه المعاملة وعدم اعتبار المدة فيها وان ذكرها في حكم العدم هو عدم لزوم شيء للعامل، لاصالة براءة الذمة، والفرق بينهما وبين الاجارة ظاهر، لانه بالاجارة ينتقل المنفعة الى المستأجر، وترتفع يدالمالك عن الارض بالكلية تلك المدة، فتلزمه الاجرة بلا اشكال بالتقريب المتقدم.

وعلى ذلك دلت جملة من الاخبار الاتية _ انشاء الله تعالى _ في كتاب الاجارة بخلاف ما تحدن فيه ، فان للمالك متى لم يزرع فيها العامل فسخ العقد ودفعها الى غيره ، ومنفعة الارض لم تنتقل له بالعقد ، وانما هى مشتركة مع العمل فيها ، وللعامل الحصة المقررة ، فاذا أخل بالعمل فيها كما لو شرط عليه فللمالك فسخه ، بل الظاهر انفساخ العقد بنفسه والله العالم .

الثالث من الشروط الثلاثة المشار اليها آنفا أن يكون الارض ممايمكن الانتفاع بها في الزرع ، بأن تكون من أرض الزراعة ، وأن يكون لها ما معتاد تسقيبه من نهر أوبش أوعين أوتحوها ، ومن ذلك الارض في بلد تسقيها الغيوث والامطار عادة ، و كثير منهم حسر والما في الافراد السابقة . وذكر وا الغيوث في مسئلة على حدة ، والحق أن الجميع من باب واحد ، لان المراد أن يكون

الماء ماء يعتاد سقيها به ، أعهم من أن يكون من الله تعالى أو من جهة العمال فيها ، بحقر السواقى والانهار ، والنابط امكان الانتفاع بها فى الزراعة ، فلو لم يكن كذلك بطلت المزارعة .

دالكلام هنا يقع في مواضع: الاول - قال العلامة في القواعد بعد ذكر السرط المذكور: ولو ذادعها أدآ جرها له ولا ماء لها تخير العامل مع الجهالة لا مع العلم، لكن في الاجرة يثبت المسمى، وهو ظاهر في صحة المزارعة مع علمه بعدم الماء، وأما مع الجهل في تخير بين الرضا بالعقد وفسخه، ومرجعه الى المزوم مع العلم وعدم اللزوم مع الجهل، دون البطلان في شيء من الموضعين، ففي صورة العلم لا خياد له حيث أقدم على ذلك، بخلاف صورة الجهل؛ فيكون له الخياد، وبأنى بناء على ما قدمناه من البطلان في الموضعين لقوات الشرط الذي هو امكان الانتفاع، وهو الاقوى بالنظر الى قواعدهم.

وربما حمل كلام العلامة هنا على أنه متى أمكن الانتفاع بتلك الارض في غير المزلاعة التى تحتاج الى الماء ، فانه يجوز أن يزرع ما لا يحتاج الى الماء فعدم الماء لايستلزم عدم امكان الانتفاع ، مع القول باشتراط امكان الانتفاع بغير الزرع اذا تعذر ، ولاينخفى تعسفه ، فان الظاهر من الاخبار وكلام الاسحاب من غير خلاف يعرف أن المزارعة المبحوث عنه فى هذا المقام انما هى عبارة عن زرع مايتوقف على الماء من حنطة وشعير وأرز ونحوها من الحبوب ، على انا لا نعرف هنا ذرعاً يقوم بغير الماء بالكلية .

ودبما حمل كلامه أيضاً على أن المراد لاماء لها غالباً ، لاأنه لاماء لها أسلا ويؤيده تسريحه بذلك في التذكرة حيث نقل عنه فيها التردد فيما لوكان لها ماء نادراً هل يسبح المزارعة عليها أم لا ، ومنشأ التردد من عدم التمكن من ايضاع ما وقع عليه المقد بالنظر الى الغالب ، ومن امكان الزرع ولو نادراً ، وهو وانكان أقل تعسفاً من الاول ، الا أن الظاهر ضعف الميني عليه ، وان تردد

فيه في التذكرة ، لماعرفت في غيرمقام مما تقدم أن الاحكام المودعة في الاخبار انما تحمل على الافراد الثابعة الغالبة المتكثرة ، دون الثانة النادرة .

وماذكره العلامة في القواعد من هذا الحكم المتقدم نقله عنه قد سبقه اليه المحقق في الشرايع أيضاً مع أنهما معاً قد ذكرا قبل هذا الكلام الشرط المشار اليه ، وقد عرفت أن قضية الشرط المذكور بطلان المزارعة مع عدمه.

وبالجملة فان كلامهما هنا مع ما عرفت لايخلو من الاشكال .

الثانى - حيث قد عرفت أن امكان الانتفاع شرط في صحة المزارعة، وأنها بدونه تكون باطلة ، فلووجد الشرط المذكور ثم تبعدد انقطاع الماء فمقتشى القواعد بطلان العقد ، لغوات الشرط في المدة الباقية ، فان الظاهر شرطيته ابتداء واستدامة ليترتب عليه الغرض المطلوب من المزارعة ، الا أن ظاهر المحقق والعلامة الصحة ، وان للزارع الخيار ، حيث أطلقا القول بعدم البطلان ، وانما حكما بتسلطه على الفسخ .

قيل: وكانهمانظرا الى صحة العقد ابتداء، فتستصحب والضرر اللاحق للمزارع بانقطاع الماء ينجبر بتسلطه على الفسخ، والظاهر ضعفه، لعدم حجية الاستصحاب على هذا الوجه كما تقدم تحقيقه في مقدمات الكتباب في صدر جلد كتباب الطهارة (١).

الثالث _ ينبغى أن يعلم أن ماتقدم من البحث والخلاف مخصوص بالمزارعة ، وكذا الاجارة بشرط الزراعة ، لاشتراكهما في المعنى ، أمالو استأجرها مطلقا ولم يشترط الزراعة فانهم قد سرحواهنا بصحة الاجارة ، لامكان الا نتفاع بهابغير الزراعة ، فليس له الفسخ حينئذ ، والظاهر أن هذا الحكم مخصوص بالجاهل بكون الارض لاماء لها ، والافانه متى علم أنه لا ماء لها ، واستأجرها مع علمه بذلك فانه لامعنى لتخييره ، بل اما أن يكون العقد باطلا ، أوصحيحا ، والوجه حينئذ

⁽۱) ج ۱ ص ۲ه ۰

فى صحة الاجارة مع البعهل، وعدم جواز الفسخ متى علم أنه استأجرها مطلقاً لابشرط الزراعة، ووجوه الا تتفاعات لاتختص بالزراعة بخصوصها، لانها نوع من أنواع الانتفاعات، فانه يمكن الانتفاع بها فى وضع المتاع، وكونها مراحاً ومسرحاً وغير ذلك، كذا ذكروه.

ويشكل بأنه متى كانت الارض انما أعدت للزراعة ، وأن الفالب عليها انما هو الاستعمال والانتفاع بهافى الزرع لا فى غيره ، وقد عرفت فى غير موضع مما تضدم أن الاطلاق انما ينعسرف الى الافراد الفالبة المتكررة ، فالحكم بالمحة واللزوم والحال هذه مشكل ، فيحتمل تسلطه على الفسخ حملاعلى المعتاد والفال .

الوابع -قد عرفت من مذهبى المحقق ذالعلامة أن للمزارع والمستأجر الفسخ فى المسألتين المتقد متين ، قالوا : فلو فسخ فعليه فى المزارعة أجرة ما سلف ، وعليه المسمى فى الاجارة ، والوجه فيه أن كلامن المزارع والمستأجر فسخ العقد باختياره ، فبطل العقد بفعله ، ولم تحصل الحصة المعينة فى المزارعة ، والارض لابد لها من أجرة ، فعليه فى المزارعة أجرة ما مضى من الزمان قبل الفسخ ، والمسمى بالنسبة الى الاجارة ، ويشكل بأن الفسخ انما وقع بسبب انقطاع الماء الذى هوشرط لوجود الحسة ، وصحة الاجارة .

وبالجملة فان اثبات ماذكروه يحتاج الى دليل ، والا فالاسل عدمه ، هذا ان فسخ ، وان لم يفسخ فان حسل شىء فهولهما ، والا لم يكن لاحد هما على الاخر شىء ، وهو ظاهر والله العالم .

المقام الثاني في الاحكام

وفيه مسائل : المسئلة الاولى ـ قالوا : لا يتخلو الحسال في المزارعة مسن أمرين : أحدهما ـ أن يطلق المزارعة على المشهور فله أن يزرع ماشاء ، و الظاهران

المراد بالاطلاق هنا ما قابل التعيين ، سواء كبان ما يسدل على العموم وضعا من الألفاظ الموضوعة له ، أدما يدل على الغرد المنتشر وضعا ، وعلى التقديرين فانه ظاهر في جواز أن تزرع ماشاء سواء أض بالارض أم لا .

أما على الاول فظاهر ، وأما على الثانى فلان تجويز فرد منتشر تجويز لكل وإحد بدلا من الاخر ، ولهذا أن الامر بالكلى أمر بواحد أى واحد كان من أفراد الماهية ، بمعنى برائة الذمة والاتيان بالمأمور به بأى فرد فعل ، والا لزم الاجمال والتكليف بالمحال .

واستشكل بعض محققى متأخرى المتأخرين في صحة هذا العقد، قال: لاشتماله على الغرد، كما يمنع بعتك هذا بما تريد، أو بأى شيء تعطى، ثم قال: وقد يفرق بالنص والاجماع، وبأنه لاشك في جواز زراعة ماهو الاضر للما لك، فله أن يعطيه غيره أن يفعل ذلك له بأجرة وغيرها انتهى.

ونقل عن العلامة فى التذكرة أنه قوى وجوب التعيين لتفاوت ضر والارض، باختلاف جنس المز روعات فيلزم بتركمه الغرد ، وهو الذى أشار اليه المحقق المذكور فى سدر كلامه .

لكنه قد أورد عليه أيضاً بأنه منظور فيه بدخول المالك وقدومه على أض الانواع من حيث دخول في الاطلاق المستلزم لذلك ، فلا غبر رحينئذ ، وكيف كان فالاقرب القول المشهور .

ئسم أن ما ذكروه من العبارة التي صدرنا بها الكلام لا ينخلو من حزازة ، فان الظاهر أن ضمير يزرع في قوله فله أن يزرع ، ماشا • راجع الي العامل الزارع وهو انما يتم لوكان البذر من عنده ، أما لوكان من عند المالك فالتخيير يرجع اليه ، لا الي الزارع .

وثانيهما أن تمين المين المراد زرعها تعينا نوعياً كالحنطة ، أو شخصياً كهذه الحنطة ، أوصنفيا كالحنطة الفلانية ، سواء كان ما عدل اليه أضرمما عين

فى العقد ، أوأقل ضررا ، أومساوياً ، فان قنية التعيين والاشتراط هو عدم جواذ التعدى لما عين مطلقا ، ولو خالف فمقتضى كلام جملة منهم شبخنا الشهيدالثانى فى المسالك والمحقق الاردبيلي هو أن للمالك أجرة المثل .

قال المحقق المذكور: لاشك في انه يلزمه أجرة المثل على تقدير التعدى، وينفسخ العقد، الا أن تكون مدة الانتفاع باقية ، لانه قد ضيع منفعة الارض بغير اذنه، فيلزمه عوضها، وهو أجرة المثل كما في غير هما انتهى.

ومقتنى كلام المحقق والعلامة التخيير بمعنى أنه يتخير مالك الارض فى فسخ العقد وأخذ أجرة المثل وعدمه ، فيأخسذ المسمى والارش أيضاً ان نقست الارض وحصل لها ضرر بذلك .

قال العلامة في القواعد ويتمين بالتعيين ، فان زرع الاضر فللمالك الخيار بين المسمى مع الارش ، وبين أجرة المثل ، ولو زرع الاخف تخير المالك بين العصة مجانا ، وأجرة المثل .

وقال المعتقق فى الشرايع : فان عين الزرع لـم يعجز التعدى ، ولـو زرع الاضر والمحال هذه كان لما لكها أجرة المثل انشاء ، والنماء مع الارش ، ولـو كان أقل ضرراجاز انتهى .

وفيه نظر من وجهين الاول ان مقتضى التعيين والعمل بالشرط عدم جواذ العدول عنه ، وأقله ينفسخ العقد بالتعدى كما تقدم في كلام المحقق الاردبيلى ، فكيف يتم ما ذكره في الشرايع من أقله لو كان أقل ضرراً جاذ، وما ربما يقال في الجواب و والاعتذار عن المنافات في كلامه بأن الرضا بنزرع الاضرعلى الارض يقتضى الرضا بالاقل ضررا بطريق أولى مردود بأن غرض المالك وبما كمان الانتفاع بالزرع ، لامصلحة الارض ، فائله المقصود الذاتى ، و مصلحة الارض انما هي تابعة ولاشك أن الاغراض تختلف في أنواع المزروع ، فربما كان غرضه في الاشد ضررا من حيث يزيد نفعه ، أو الحاجة اليه ، وان تضررت الارض به .

ثم انه على تقدير ماذكره من الجواز يلزم من ذلك أخذ المالك الحصة من ذلك المزروع مجانا، وهو باطل، لانه غير داخل في العقد، فكيف يستحق فيه المالك شيئا، وعين البذر مال العامل وملكه، ولادليل على انتقال شيء منه عن ملكه الا بالمزارعة عليه ودخوله في عقد المزارعة، والمفروض أنه ليسكذلك.

وبه يظهر أيضاً مافى عبارة القواعد هنا من التخيير بين أخذ العصة مجانا وبين أجرة المثل ، فانه لاوجه لاخذ العصة مجانا كما عرفت ، بل العق انما هو أجرة المثل وانفساخ العقد .

الثاني ـ أن ماذكراه من التخيير في صورة زرع الاضربين المسمى مع الارش ، وبين أجرة المثل ، منظور فيه بأن الحصة المسماة انما وقعت في عقد المزارعة بالنسبة الىذلك المعين في العقد ، والذي زرعه العامل لم يتناوله المقد ، ولا الاذن ، فكيف يستحق منه المالك حصته ، فاذا زارعه على حنطة بأن يكون للمالك نصف حاصلها ، وبذر العامل شعيراً فبأى وجه يستحق المالك حصته من ذلك الشعير ، وهو غير داخل في العقد ، ومقتضى ملك العامل له أن يكون نماؤه وما يخرج منه لمالكه خاصة ، وبه يظهر أن الاقوى انما هو أجرة المثل في الموضعين المذكورين ، هذا بالنسبه الى المزارعة .

أما في الاجارة فائه لواستأجر منه الارض لزراعة نوع معين ، مثلا فان زرع الاخف ضرراً فانهم زرع الاخف ضرراً فانهم صرحوا هنا بالفرق بين العقدين في ذلك ، وأنه يصح في الاول ، دون الثاني .

قال في المسالك في تعليل ذلك: فإن عدول المستأجر الي ذرع ماهو اخف ضرراً منه متجه ، لأن الغرض من الاجارة للمالك تحصيل الاجرة ، وهي حاصلة على التقديرين ، وتبقى معه زيادة تخفيف النرر عن أرضه ، وأولى منه لوترك

الزرع طول المدة ، فانه لااعتراض للمالك عليه ، حيث لا يتوجه ضرر على الارض، لحصول مطلوب ، وهو الاجرة ، بخلاف المزارعة ، فان مطلوب المحصة مسن الزرع ، فلا يدل على الرضا بغيره ، ولا يتناوله بوجه ، انتهى .

وأما المساوى فاحتمالان.

الثانية: قيل: لواستأجر للزراعة أرضاً لاينكشف عنها الماء لم يجز، لعدم الانتفاع، ولورضى بذلك المستأجر جاذ، ولوقيل: بالمنع لجهالة الارض كان حسنا، وانكان قليلا يمكن معه بعض الزرع جاذ، ولوكان الماء ينكشف عنها تدريجا لم يصح لجهالة وقت الانتفاع.

أقول: وتفصيل هذا الاجمال _ بما يتضع به المراد من هذا المقال _ هو أن يقال: اذاكانت الارض مغمورة بالماء بالكلية في جميع الاوقات، فانه لاريب في بطلان اجارتها، لعدم امكان الانتفاع بها فيما استوجرت له، وهبو ظاهر، وأما لبوكان الماء ينكثف عنها وقت الانتفاع عادة، فان كانت مغمورة به حال العقد، فانهم صرحوا بالصحة إذاكان قدرأى الارض أولا قبل استيلاء الماء عليها، وأن الماء المجلل لها صافياً لايمنع من رؤيتها، هذا اذاكان الاستيجار للزراعة.

أما لوكان الاستيجار مطلقا أولغير الزراعة ممايمكن استيفاؤه منها، فان الاجارة صحيحة، وينتفع بها فيما شاء، ولو باصطياد السمك انكان، ومع تعذر الانتفاع بها بوجه من الوجوء، فالظاهر هو البطلان، لان شرط المسحة امكان الانتفاع، ولو دشى المستأجر بالاجارة مع فرض الانفمار بالماء جاز، وهومما لااشكال فيه، الا أنه لابد من تقدم رؤيسة الارش قبل الانفمار بالماء، أو امكان المرقبة حال وجود الماء لسفائه، كما تقدم ذكره.

وبه يظهر أن تعليل المنع من السحة في هذه السورة ببجهالة الارض لا يسم على اطلاقه .

نعم لوفر ش الجهل بها على كلحال اتجه المنع ، وبالجملة فانه اذا رضى المستأجر بذلك مع العلم بالارش بأحد الوجوء جاز ، وأما مع الجهل مطلقا وعدم العلم بوجه فلا ، ولو كان الماء قليلا يمكن معه بعض الزروع جاز ، لامكان الانتفاع في الجملة ، سواء أمكن الزرع في جميع الارش على النقسان ، أو أمكن في بعض دون بعض ، مع الحاق مالا يمكن فيه من الارش بالجميع .

وكيفكان فلابد من علم المستاجر بذلك والا تسلط على النسخ للعيب ، وأما لوكان الماء ينكشف عن الارض تدريجا فان الاجادة لاتصح ، لجهالة وفت الانتفاع ، والظاهر أنه لافرق فيذلك بين رضاء المستأجر بذلك وعدمه ، لان دضاء بعقد غير صحيح لا يوجب صحته ، لما عرفت من أن العقد باطل من حيث جهالة وقت الزرع .

وفى القواعد قيد المنع بعدم رضا المستأجر ، فلو رضى بذلك صع ، ورد بأن حسنا انما يتم فى العيب ، فانه يتخير بالرضاء والخيار ، لا فى الجهالة التى هو موجبة لبطلان العقد ، ولوقيل : _ بالحاق هذا الغرد بما ذكر نظرا الى امكان الانتفاع فى الجملة _ قلنا : لاريب ان ما يوجبه انقطاع الماء تدريجاً نقصان المنفعة ، واللازم من ذلك تخير المستأجر مع الجهل ، لا الحكم بعدم الصحة ، مع أنه قد حكم بعدم الصحة مع عدم الرضا .

وبالجملة فما تقلناه أولا أوفق بالقواعد المقررة بينهم .

قال فى المسالك بعد ذكر بعد ذلك : وهذه الاحكام آتية فى المزارعة على الارض المذكورة ، فكان ذكرها فى بابها أولى من استطراد الحكم الاجنبى ، أو التعميم ، ودبما قيل : فى هاتين المسألتين أن المنع مخصوص بالاجارة ، أما المزارعة عليها فجائزة ، والفرق ابتناء الاجارة على المعلومية ، لا نضباط الاجرة ، فلابد من انضباط المنفعة فى مقابلتها ، بخلاف المزارعة ، فان النفقة التي هى العصة لما كانت مجهولة ، تسومح فى مقابلتها من العوض بما لا يتسامح فى غيرها ، ولا بأس به ، انتهى .

الثالثة حقالوا: اذا اشترط في استيجاد الارض الغرس فيها والزرع معافلا مدمن تعمين مقدار كل واحد منهما.

أقول: والوجه في لزوم الشرط المذكور عموم الادلة الدالة على وجوب الوفاء به ، والوجه في وجوب التعيين في الزرع والغرس هواشتراط العلم ، وعدم الجهل الموجب للغرد لما علم من تفاوت ضرديهما ، فان الغرس أض على الارض وافراد المغروسات ، وكذا افراد المعزروعات متفاوتة في المنسر شدة وضعفاً ، وحينند فلابد من تعيين أفرادها ، وكذا له السعيد المستاجسر لسفسرسين أو لزرعين ، فان المعنطة أضر من الشعير ، والمغروسات تختلف باعتبار سريان العروق في الارض ، ونعو ذلك فلابد من التعيين لما عرفت ، قيل : واشتراطه في الاجارة ظاهر ، كما اذا آجر ، الارض للزراعة والغرس .

وأما في المزارعة فبان يكون شرط في المزارعة غرس اشجار لـ ه ، كما نقل عن المحقق الثاني ، وربما قيل : بأنه كما يجب التميين في المتفاوتين في المنرد ، يحتمل أيضاً في غير المتفاوتين ، خصوصاً في المزارعة لما تقدم ، من أن الغرض المطلوب منها الحصة ، ومعلوم تفا وتها بتفاوت أفراد المزروعات .

قال في المسالك: ويمكن حمل الأطلاق على جعل كل واحد منهما في نصف الارض، لان المتبادر من لفظ الشريك التسوية كما في نظائس ، ولان مقتنى الأجارة لهما أن يكون المنفعة المطلوبة من كل واحد منهما ضف فنل الجميع بحسب التنصيف لئلا يلزم الترجيح من غير مرجح، وهذا هو الاقوى وحينئذ فلا يعجب التعيين ، انتهى .

وماادعاه من أن المتبادر من لفظ الشريك التسوية ، وأن اشتهر ذلك في كلام غيره أيضا ، الا أنه قد تقدم ضعفه ، بل هو أعم مما ذكروه ، وقوله أيضاً فلايبجب التعيين ، بناء على الفرض الذى ذكره محل اشكال ، مع تفاوت أفراد المغروسات والمزروعات ، فانه مع فرض نسف تلك الارض للفرس ، والتسف الاخر للزرع

متى كانت أفراد كل منهما متفاوتة فى الضرر ، جرى فى هذا النصف ماجرى فى أصل الارض المفروضة فى الكلام السابق مما اقتضى وجوب التعيين ، ثم انه قال : هذا كله اذا استأجرها مطلقا ، أما لو استأجرها لينتفع بها بما شاء منها مسح وتخير ، لأن ذلك تعميم فى الافراد ، وقدوم على الرضا بالاضر ، ويبقى الكلام فى تعيين النوع الواحد من الزرع والغرس واطلاقه ماتقدم ، انتهى .

الرابعة - اختلف الاصحاب فيما اذا استأجر أرضاً مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة غالباً ، فقيل : انه يجب على المالك ابقادًم ، يعنى بالاجرة ، أو اذالته مع الارش .

وقيل: انه له اذالته كما لوغرس بعد المدة ، وبالاول سرح المحقق في الشرايع والعلامة في الارشاد ، ونقبل عن فخر المحققين ، وبالثاني سرحشيخنا الشهيد الثاني في المسالك .

وعلل الاول من القولين المذكورين بأن المستأجر غير معتد بالزرع ، لانه مالك المنفعة تلك المدة ، فله الزرع ، وذلك يوجب على المالك ابقاء ، لمفهوم قوله (١) (عليه السلام) « ليسلعر ق ظالم حق ، قال فخر المحققين : أجمع الاسوليون على دلالة المفهوم من هذا الحديث ، وان اختلفوا في دلالة مفهوم الوسف في غيره ، لكن لما لم يكن له في الارض حق بعد المدة ، لانقضا الاجارة ، جمع بين الحقين بابقائه ، بالاجرة أوقلعه بالارش .

دعلل القول الثانى بأن المستأجر دخل على أن لاحق بعد المدة ، لان منفعة المدة هى مقابلة العوض ، فلايستحق بالاجارة شيئاً آخر ، فللموجر قلعه مجاناً كما لوغرس المستأجر بعد المدة .

قال في المسالك : هذا هو الاقوى ، ثم قال في الجواب عما تقدم : وعدم تعدى المستأجر بز عمه في المدة لا يوجب له حقاً بعد ها مع اسناد التقسير اليه ، والمفهوم ضعيف ، والاجماع على العمل هنا لم يثبت ، وعلى تقدير صحته نمنع

⁽١) التهذيب ج٧ ص ٢٠٦ ح ٥٥، الوسائل ج١٧ ص ٣١١ باب ٣ ح ١٠

من كونه بعد المدة غيرظالم ، لانه واضع عرقه في أرض لاحق له فيها ، والزام المالك بأخذ الاجرة على الابقاء ، أوتكليفه بالارش على خلاف الاصل ، فلايسار اليه بمثل ذلك انتهى .

وقال المحقق الار دبيلى بعد نقل القول الاول عن المحقدة ، والثانى عن الشهيد الثانى د وهو غير بعيد » يعنى القول الثانى ثم نقل كلام فخر المحققين ودعواه الاجماع على العمل بمفهوم الوصف فى الخبر المذكور مالفظه ، وكان هذا الحديث ثابت عندالكل ، وهوموجود فى التهذيب بسند غير صحيح فى باب المزارعة فهو دليل على الاول ، لعل منشأ اعتبار المفهوم هنا هوما ثبت بالمقل والنقل وأن لعرق المحق وغير ظالم حق ، وهو كاف ، ولا يحتاج الى هذا المفهوم ، وان ذلك ظاهر ولا شك أن المامل غير ظالم ، فلعرقه حق ، اما بأن يخلى بالاجرة أو يقلع بالارش ، وهوجمع بين المصلحتين أيضاً فان لكل منهماً دخلا فى الابقاء ، وهفته بعنع الاجماع غيرجيد ، وكذا منع كونه بحق بأنه بعد المدة ظالم ، كما فعلمه فى شرح الشرايع ، لانه ثبت بحق ، وانكان المنع الثانى أولا ، ووجه الثانى فعلمه من قوة لما تقدم ، الا أن الاول أحوط وبالنصف أقرب فتأمل انتهى .

أقول : الخبر المشار اليه في كلا مهم هنا هوما رواه الشيخ في التهذيب عن عبدالعزيز بن محمد الدراوردي (١) • قال : سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول : من أخذ أدضاً بغير حقها اوبني فيها قال : يرفع بناؤه ، ويسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق ثم قال : قال رسول الله (سلى الله عليه وآله) من أخذ أرضاً بغير حقها كلف أن يحمل ترابها الى المحشر .

وأنت خير بأن مورد الخبر وسياقه من أوله الى آخره انما هو مناغتسب أرضاً فتصرف فيها بيناء أوغرس مع كونها مملوكة لغيره ، فانه لايملكها بذلك ، بل هى ملك لمن سبق اليها أولا ، وانه يجب عليه أن يدفع بناء ويزيل غرسه ،

⁽۱) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٦ ح ٥٥، الوسائل ج ١٧ ص ٣١١ باب ٣ ح ١٠

للتعليل المذكور فيهما.

ومفهوم هذا التعليل بناء على ماذكر تا أنه لولم يكن مملوكة ولا مستحقة لاحد قبله ، فانه يملكها ويستحقها ، لكون عرقه عرق غير ظالم ، ومرجعه الى كون تصرفه شرعياً ، وبه يظهر الاشكال في انظباق الاستدلال بمفهوم النجر على المدعى في هذا المقام ، لان التصرف هناوانكان شرعياً بالنظر الى مدة الاجارة ، فيدخل تحت مفهوم الخبس الا أنه بعد انقضاء المدة وزوال الموجب لصحة التصرف ، لا يمكن دخوله تحت المفهوم المذكور ، ومحل البحث والنزاع انما هو هنا ، لا فيما تقدم من التصرف في المدة .

فقول المحقق المتقدم ذكره أنه ثبت بالمقل والنقل أن لمرق المحق وغير ظالم حق ، والعامل غيرظالم ، فلعرقه حيق ، ان أراد بالنسبة الى مدة الاجارة فمسلم ، ولكن لا يبجدى نفعاً وان أراد بعد انقنائها فهو عين البحث ومحل النزاع ، فلا يتخرج كلامه عن المعادرة ، فان شمول المفهوم المذكور له غير متجه ، اذلاريب انه تصرف في مال الغير بغير اذنه ، ولهذا اضطروا الى القول بالاجرة فراراً مما ذكر ناه ، فكيف يدخيل تحت المفهوم المذكور ، وانه محق وغير ظالم ، فيكون لعرقه حق .

ولو قيل: يبطلان هذا العقد من أسله لسم يكن بعيداً من العواب: لعدم الدليل عليه بالخصوص، وخروجه عن مقتضى قواعد الاجارة، فلا يتناوله عموم أدلتها، فان من قواعد الاجارة قصر جواز التصرف على مدة الاجارة، وهذا العقد على هذا الوجه المذكور خارج عن ذلك، فلا يدخل تحت عموم أدلتها.

واللاذم منه على تقدير الحكم بصحته أحد المحذورين ، اما تضرر المستأجر بقلع الغرس مجاناً كما هو مقتضى القول الثانى ، أوجواز التصرف في مال الغير بغير اذنه كما هو مقتضى القول الاول وهو أشد اشكالا .

والالتجاء في المخرج عن ذلك _ اليما ذكروه من وجوب تبقيته بالأجرة

أوجواز قلعه بالارش جمعاً بين الحقين _ انما يصح اذا دل دليل شرعى من كتاب أوسنة أو اجماع ، بنآ على قواعدهم ، ولا شىء من هذه الثلاثة فى المقام ، فاللازم منه اثبات حكم بلادليل ، وهومما منعت منه الإيات المتكاثرة ، والروايات المتظافرة ، ولوسح الرجوع فى ذلك الى العقل لامكن ما ذكروه ، لاند فاع المسرومن الجانبين والجمع بذلك بين الحقين ، ولكن قد علم من الابات القرآنية والسنة النبوية أنه لا يجوز بنا الاحكام الشرعية الاعلى ماظهر منهما من الادلة الواضحة الجلية ، والله العالم .

الحياق

أقول: ما درد فى الخبر المتقدم من « أنه ليس لعرق ظالم حق ، (١) قد درد مثله من طريق العامة عنه (سلى الله عليه وآله) دهو محتمل لتنوين عرق ، فيكون ظالم صفة له ، واضافة عرق فيكون ظالم مضافاً اليه .

قال فى النهاية الاثيرية (٢) وفى حديث احياء الموات « ليس لعرق ظالم حق ، هوأن يجيسى الرجل الى أدض قد أحياها رجل قبله ،فيغر س فيها غرساً غصباً ليستوجب به الارض والرواية لعرق بالتنوين وهو على حذف مضاف : أى لذى عرق ظالم ، فجعل عرق نفسه ظالماً والحق لصاحبه ، أويكون الظالم من صفة صاحب العرق ، وان روى عرق ظالم بالاضافة فيكون الظالم صاحب العرق ، والحق للعرق ، وهو أحد عروق الشجرة انتهى .

الخامسة ... قد صرحوا بأنه تصبح المزارعة اذا كان من أحدهما الارض حسب، ومن الاخر البذر، والعمل والعوامل، وكذا لوكان من أحدهما الارض والبذر ومن الاخر العمل، أوكان من أحدهما الارض والعمل، ومن الاخر البذر خاصة.

⁽١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٦ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٧ ص ٣١١ ياب ٣ ح ١ .

⁽٢) النهاية ج ٣ ص ٢١٩ ط القاهرة سنة ١٣٨٥ .

وبالجملة فان حنا أموراً أربعة ، الارض ، والبدر ، والعمل ، والعوامل ، والضابط أن الصور الممكنة في اشتراك هذه الاربعة بينهما كلا أو بعضا جائزة ، لاطلاق الأذن في المزارعة من غير تقبيد بكون بعض ذلك بخصوصه من أحدهما.

أقول: ومن الاخبار التي تتعلق بذلك مارواه المشايخ الثلاثة عن ابراهيم بن أمي زياد الكسرخي (١) • قال: قلست لابي عبدالله (عليه السلام) أشارك العلج « المشرك » فيكون من عندى الارض والبذر والبقر ، ويكون علىالعلج القيام والسقى والعمل فيالزرع حتى يصير حنطة وشعيراً وتكون القسمة، فأخفا اسلطان حقه ويبقى ما بقى على أن للعلج منه الثلث ، ولى الباقى قال : لا بأس بذلك الحديث .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن يعقوب بن شعيب (٢) في السحيح عنأبي عبدالله (عليه السلام) « قال: سألته عن الرجل مكون له الارض من أرض الخواج فيد فيها إلى الرجل على أن يعمرها ويسلحها ويؤدى خراجها وما كان من فضل وهو بينهما ، قال: لابأس ـ الىأن قال ـ : وسألته عن المزارعة فقال: النفقة منك والارش لصاحبها ، فما أخرج الله من شبيء قسم على الشيطر ، وكذلك أعطبي رسول الله (سلى الله عليه وآله) خيبرحين أتوه، فأعطا هم اياها على أن يعمر وها ولهم النصف مما أخرجت ، .

وما رواه في الكافي عن سماعة (٣) في الموثق قال : سألته (عليه السلام) عن مزارعة المسلسم المشرك فيكون من عند المسلم البذر والبقر ، وتكون الارش والماء والخراج والعمل على العلج ؟ قال : لابأس ، ونحوها موثقة (؛) أخرىله

⁽۱) الكانى ج ه ص ٢٦٧ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢١ ، النقيه ج ٣ ص ١٥٦ ح ٩ ، لفظ المشرك ليس في الكافي والتهذيب .

⁽۲) الكافى ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ ، التهسذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٢ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۰۲ باب ۱۰ ح ۱ و ۲ ۰

⁽٣) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٤ باب ١٢ ح ١٠

⁽٤) التهذيب ج ٧ ص ١٩٤ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٤ باب ١٢ ح ٢ ٠

أيضا ، والظاهر من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الى بعض هو ماقد مناه من الضابط المتقدم ، وهو مما لاخلاف فيه ولااشكال ، فيما اذاكان عقدالمز ارعة بين اثنين خاصة فائه لاخلاف في الصحة .

وانما الخملاف فيما اذا زاد عليهما ، قال في القواعد بعد ذكر نحو مما ذكر ناه في مزارعة الاثنين : وفي سحة البذر من ثالث نظر ، وكذا اذا كان البذر من ثالث ، والعوامل من رابع .

وقال في المسالك بعد ذكر نعو ذلك أيضاً : هذا اذا كانا اثدين خاصة ، فلو جعلامعهما ثالثا وشرطا عليه بعض الاربعة ، أورابعاً كذلك فني الصحة وجهان : من عموم الامر بالوفاء بالععود ، والكون مع الشرط ، ومن توقف المعاملة سيما التي هي على خلاف الاصل على التوقيف من الشارع ، ولم يثبت عنه مثل ذلك ، والاصل في المزارعة قصة خيبر ، ومزارعة النبي (صلى الله عليه وآله) اليهود عليها على أن يزرعوها ، ولهسم شطر ما يخرج منها ، وله (عليه السلام) شطره الاخر ، وليس فيها أن المعاملة مع أكثر من واحد ، وكذلك باقي النصوص التي وردت من طرقنا ، ولان العقد يتم باثنين موجب وهو صاحب الارض ، وقابل ، فدخول مازاد يخرج العقد عن وضعه ، ويحتاج اثباته الى دليل ، والاجود عدم الصحة انتهى .

أقول: لا يتخفى ما فى كلامه (رحمة الله عليه) من تطرق البحث اليه، والا يراد عليه، أما أولا فان ما استند اليه فى منع اكثر من اثنين _ من توقف هذه المعاملة على التوقيف من الشارع بمعنى دليل خاص _ فهو خلاف ما يستندون اليه فى اكثر الاحكام من التمسك بعموم الادلة واطلاقاتها، كما لا يتخفى على من له أنس بالاطلاع على أقوالهم، وخاض فى بحور استدلالهم.

وأما ثانياً فان ما ادعاء منأن معاملة النبى (صلى الله عليه وآله) مع أبعل خيبر لاتدل على أن المعاملة مع أكثر من واحد من أعجب العجاب عند ذوى الالباب، لاستفاضة الاخبار بانه بعدفت خيبر اقر الارض في أيدى الذين فيها وقاطعهم بالنصف يعنى جميع من كان فيها من اليهود لاشخصاً بعينه منهم ، أو اثنين أو ثلاثة مثلا، ومنها صحيحة يعقوب بن شعيب (١) المذكورة هيهنا، وقوله فيها وأعطاهم اياها على أن يعمر وها ولهم النصف مما أخرجت ، وفي حديث الكنائي (٢) قال : سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول: ان النبي (سلى الله عليه وآله) لما فتح خيبر ثركها في أيديهم على النصف ، فلما بلغت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة اليهم، فخرس عليهم فبحادًا الى النبي (سلى الله عليه و آله) فقالوا: انه قد زادعلينا فأرسل الى عبدالله وقال: ما يقول هؤلاء؟ قال: قدخر صت عليهم بشيء ، فان شادًا بأخذون بماخر صنا وان شادًا أخذنا ، فقال رجل من اليهود : بهذا قامت السماوات والارض ، .

وفى معناه غيره من الاخبار الكثيرة ، فهل ترى هنا بعد ذكرهم بطريسق الجمع في هذه الموادد مجالا للحمل على واحد منهم ، بل الظاهر لكل ناظرانما هو دفع الارض اليهم كملا بعدفتحها وأخذها عنوة ، على أن يز دعوها بالمنا سغة ، وهذا هوالذى عليه العمل الان في جميع الاسقاع والبقاع وذكر الاتسين في أكثر الاخبار انما خرج مخرج التمثيل ، لاالحسر .

وأما ثالثاً فان كون العقد يتم باتنين موجب وقابل لا ينافى التعدد فى جانب كل منهما كما فى سائر العقود من بيع وغيره ، بأن يوجب عنه وعن غيره ، ويقبل كذلك فان قيل: انه قد ثبت ذلك بدليل من خارج _ قلنا : وهذا قد ثبت بعموم أدلة المزارعة ، ولاسيما قضية خيبر كما عرفت ، على أنك قد عرفت فى كتباب البيع أن ماذكروه من العقد المشتمل على الايجاب والقبول بالنحو الذى تقدم ذكره عنهم لا دليل عليه ، وانما الذى دلت عليه الاخبار هو مجرد التراضى

⁽۱) الكافى ج ه ص ۲۱۸ ح ۲ ، التهذيب ج ۷ ص ۱۹۳ ح ۲ ، مسع اختلاف يسير ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۰۳ ح ۲ .

⁽۲) الكافي ج ه ص ۲۲۷ ح ۲ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۱۹۹ ح ۱ .

بالالفاظ البجارية بينهم ، وكلامه انما يتم على الاولكما هو المشهور بينهم ، مع أنك قد عرفت أنه لا دليـــل عليه .

قال المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) في هذا المقام: وتعمم ما قال وأيضاً لاخصوصية بالاثنين فيجوز بين الثلاثة ومازاد لما تقدم، وليست المعاملة مطلقاً، ولاهذه موقوفة على النص الخاص شرعاً، بل يكفي العموم، ولهذا ليس في شيء من المعاملات بخصوصه دليل شرعي، كيف ولواحتاج اليذلك لاشكل الامس، فانه معلوم عدم ورود نص في كل صنف صنف من كل معاملة، مع العلم بالمغايرة بمثل هذه، أي كون المعاملين أكثر من الاثنين، وهوالظاهر ولهذا يجوزون النكاح من الزوج فقط، بأن يكون موجبا وقابلا معاً معهم نص بخصوصه فيه مع وجوب الاحتياط في الغروج، وكذا يجوزون في الطلاق كون المطلق زوجته بالوكالة، مع عدم دليل بخصوصه، ومنع البعض الوكالة في المطلق مع الحضور، ومنع البعض وكالة النساء خصوصا المطلقة وغيرها مع عدم العنود العنود النكاح مع عدم بهواز الاتحاد في النكاح، وليس لهم دليل الا عموم العقود وصدق النكاح مع عدم ثبوت المنع.

وبالجملة أمثاله كثيرة جداً ولايشترطون فيه النقل بخصوصه ، وآنه لوشرط لبطل أكثر ما ذكروه ، فقول الشارح في شرح الشرايع بعدم الصحة _ اذا زاد على الاثنين محتجاً بأن القابل والموجب اثنان فيتم بهما ، ولا يتعدى الى الغير ، وأن دليل المزارعة خبر حكاية خيبر ، وليس فيه غير الاثنين ، وكذا غيره من الاخبار عندنا لما تقدم _ غير ظاهر ، على أنه ما يظهر من حكاية خيبر وغيرها كونهما اثنين فقط ، بل هو أعم ، بل الظاهر أن أهل خيبر كانوا كثيرين ، فوقع ينه (عليه السلام) وبينهم .

وبالجملة ما ذكره نجده بعيداً جداً وهو أعرف انتهى.

السادسة .. قال المحقق (رحمة الله عليه) في الشرابع ولوكان بلفظ الاجارة

لم تسح لجهالة الموض ، أما لو آجرها بمال مضمون أو معين من غيرها جاذ .

أقول: ماذكره من قوله « ولو كان بلفظ الاجارة لم تصح لجهالة العوش » محتمل لمعنيين أحدهما _ ماذكره في المسالك قال (قدس سره): لا اشكال في عدم وقوعها بلفظ الاجارة لاختلاف أحكامهما ، فان الاجارة يقتضي عوضاً معلوماً والمزراعة تكفي فيها الحسة المجهولة ، انتهى .

وحاصله أنه يقصد بالعقد المزارعة ، ولكن يأتى بلفظ الاجارة ، وثانيهما أن يقصد الاجارة لا المزارعة ، لكن جمل الاجرة العصة ، فانه لا يصح هذه الاجارة ، لوجوب العلم بالعوض فى الاجارة ، والعوض هنا انما هو العصة ، وهى مجهولة ، والظاهر أن هذا هو الاقرب فى العبارة بقرينة قوله وأما لو آجرها ، الى آخره ، فانه ظاهر فى أن المقصود انما هو الاجارة فى كل من الموضعين ، لكنه فى الاول جعل العوض العصة ، وهى مجهولة فتبطل الاجارة لزوال شرطها وهو معلومية العوض ، وفى الثانى تصح ، وأيضاً فانه على تقدير أن يكون المقد وهو معلومية العوض ، وفى الثانى تصح ، وأيضاً فانه على تقدير أن يكون المقد الد متسوداً به المزارعة ، لكن أتى فيه بلفظ الاجارة كما ذكره ليس فيه أذيد من الرتكاب التجوز فى التعبير عن المزارعة بلفظ الاجارة ، وهو جائز مع القصد اليه والقرائن الدالة عليه ، واطلاق لفظ الاجارة وارادة المزارعة منه فى الاخبار غير عزيز ، ومنه ما فى صحيحة أبى المبزا (١) المتقدمة من قوله (عليه السلام) : وأما اجارة الارض بالطعام ، فلا تأخذ نصيب اليتيم منه ، الا أن تؤاجرها بالربع والثلث والنصف كما تقدم تحقيق ذلك فى الحاق المذكور بعد الشرط الاول من هذا المطلب .

السابعة مد فى جملة من أحكام التنازع ، منها من أن يتناذعا فى المدة لما عرفت آ نفامن أن المدة من جملة شريط هذه المعاملة ، وقد عرفت مافيه ، قالوا: فلو تناذعا فيها فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه ، ولاريب أن هذا مقتضى

⁽١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٦ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٧ .

القاعدة المتفق عليها صاً وفتوى ، لأن الأصل عدم الزيادة .

وقيد بعض محققى متأخرى المتأخرين بأن لا يكذبه العرف ، ولعله أداد بأن يدعى نقصان المدة عن وقت يدرك فيها الزرع يقيناً ، حيث أن المعلوم عادة وعرفاً أن القصد من المزارعة وبذل المال فيها هوالحاسل فلابد أن يكون المدة تبلغ ذلك ولو ظناً ، فاذا ادعى ما يوجب نقصانها عن ذلك يقيناً فانه يكذبه العرف ولابأس به ، لما عرفت في غير موضع مما تقدم من بناء الاطلاق على المعروف المتكور عادة .

ومنها ما لو اختلفا فى قدر العصة ، فانهم سرحوا بأن القول قول صاحب البذر ، وعلل بأن العصة نما و ملكه ، والاصل بقائه على مالكه حتى يتحقق الانتقال شرعاً ، فكان الحاصل فى يد صاحب البذر حيث ثبت أنه له ، والمناذع خارج يدعيه فعليه البينة ، وحينتذ فالقول قول صاحب البذر بيمينه ، حيث عدمت البينة كما فى المدة ، ولو أقام كل واحد منهما بينة بنى على الخلاف فى تقديم بينة الداخل أو الخارج ، والمشهور الثانى .

وعلى هذا فالقول قول مالك الارض في تفليل المدة ، والبيئة بيئة العامل في دعوى الزيادة ، وكذا القول قول ساحب البذر في قدد الحصة ، والبيئة سئة الاخر ، وهو من لابذر له في ذلك .

دقيل: هنا بالقرعة ، لانها لكل أمس مشكل ، وفيه أنه لا اشكال هنا ، فان من كان القول قوله فالبيئة بيئة صاحبه ، كما هومقتضى النصوص المتفق عليها . ومنها ما لو اختلفا فقال الزارع: انها في يدى عادية ، فانكى المالك و ادعى الحصة أو الاجرة ، ولا بيئة فالمشهور أن القول قول صاحب الارض في نفى العادية بيمينه ، لانه منكر ، فيقدم قوله في ذلك ، والقول قول الزارع بيمينه في الاجارة أو المزارعة ، لانه منكر لهما ، وحينئذ فيحلف كل واحد

منهما على نفى مايدعيه الآخر ، وحيث انتفت الدعويان والحال أن الزارع قد تصرف في أرض غيره وانتفع بها ، فاللازم له أجرة المثل لذلك الزرع الى أوان

تزعه، الا أنهم قيدوا أجرة المثل هنا بما اذا لم تزد على ما يدعيه المالك من الاجرة والمحسة ، والا وجبله ما يدعيه خاسة ، لاعترافه بأنه لا يستحق سواه ، ومرجعه الى أفل الامرين من أجرة المثل والمسمى في العقد .

وقيل : هنا بالقرعة وهومجهول القائل ، ونسبه في التذكرة الى بعض علمائنا وفي المختلف حكام بلغظ قيل ، والشراح أبهموه .

وكيفكان فهو ضعيفكما ذكره غيرواحد من أسحابنا ، لان القرعة انما هى مع اشكال الحكم ، وأما مع بيان وجهه ومعرفة طريقه فلا اشكال ، وطريقه هو ماذكروه مما قدمنا نقله عنهم .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن عندى في هذا المقام اشكالا من وجهين: الاول ماذكروه من وجوب أقل الامرين من أجرة المثل وما يدعيه المالك من الحصة أو الاجرة ، لما ذكروه من التعليل ، فان فيه أولا أن أجرة المثل التي أوجبوها هنا الراجعة الى أقل الامرين كما عرفت انما صاروا اليها بعد الحكم ببطلان الدعويسين الاوليين من كل من الطرفين بالتحالف ، وبطلان مايترتب عليهما ، وحينتذ فالحكم بأجرة المثل هنا لاتعلقله باعتراف المالك ، لأنه لايستحق أذبد من ذلك ، أويستحق مثلا ، وانما فرض المسئلة _ بعد بطلان الدعويين الاوليين من فرض ما لو لم يكن شيء من هذين الدعويين ، وحينتذ فالواجب انما هو أجرة المثل ذادت أم نغست أم ساوت .

وثانياً ما أورده في المسالك حيث قال: واعلم أنه اذاكان الواجب للمالك بعد يمينه أقل الامرين مما يدعيه وأجرة المثل، وكان الاقل هوما يدعيه، فلا وجه ليمين الزارع، لانه لو اعترف له بما يدعيه لم يكن له أزيدمنه، وكذا لوحلف أورد اليمين، وما هذا شأنه لا فائدة فيه، نعم لوكان ما يدعيه أزيد من أجرة المثل اتجهت فائدة يمين الزارع، لانها تنفي الزائد مما يدعيه المالك عن الاجرة، ولو ردها أو اعترف للزم الزايد انتهى.

ولا يخفى ظهــور و رود ما أورده عليهم ، وأما علىما ذكـرناه فلا اشكال بحمد الله المتعال .

الثانى: انهم قد صرحوا فى هذا الكتاب بهذه المسئلة أعنى مسئلة اختلاف الزارع والمالك فى العارية والمزارعة والاجارة، ونقلوا فيها القولين المتقدمين، ولم يذكروا لهما ثالثاً، وفى كتاب العارية ذكروا المسئلة وهى اختلاف المالك والمستعير بأن المالك ادعى الاجارة والمستعير العارية، وذكروا فيها قولين: أحدهما أن القول قول المستعير بيمينه، لان المالك يدعى الاجرة، والاصل عدمها.

والثانى أن القول قول المالك في عدم العارية ، فاذا حلف سقط دعوى المستمير ، وثبت عليه أجرة المثل ، ولم ينقلوا القول بالقرعة هناك ، وظاهر العلامة في القواعد التوقف ، حيث الاكثر منهم ترجيح القول الثانى ، وظاهر العلامة في القواعد التوقف ، حيث ذكر القولين المذكورين بطريق الاحتمال في المسئلة ، ولم يرجح شيئاً منهما .

و أنت خبير بأن المسئلة واحدة في الكتابين ، والقولان المذكوران في كتاب العارية يجريان فيما هو مذكور في هذا الكتاب ، واستدل للقول الاول كتاب العارية يجريان فيما هو مذكور في هذا الكتاب ، واستدل للقول الاول كما ذكره جملة منهم بأنهما قد اتفقا على أن تلف المنافع وقسع على ملك المستعير ، و أن تصرفه فيها كان مباحا ، وانما يختلفان في أن ذلك بأجرة أم لا والاسل عدم الاجرة ، فاذا حلف الراكب على نفى الاجرة ثبت ذلك له .

وعلل القول الثانى بأن المنافع أموال كالاعيان فهى بالاسالة لمالك العين ، وادعاء المستعير ملكيتها بغيرعوض على خلاف الاسل ، وأسال برائة الذمة انما تصح من خصوص ما ادعاه المالك ، لا من مطلق الحق ، بعد استيفاء منفعة ملك غيره وحينتذ فيحلف على نفى العادية ، ويثبتله أجرة المثل بالتقريب المتقدم ، وظاهر المحقق الاردبيلي (رحمةالله عليه) ، في شرح الارشاد تقوية القول الاول من هذين القولين ، حيث قال بعد ذكر التحالف من الطرفين كما صرحوا بمد في المسئلة المذكورة في هذا الكتاب : على نحو ما قدمناه ، وان للمالك بعد

ذلك أجرة المثل ، أو أقل الامرين منهاومن المسمى : ما لفظه ،ويمكن أن يقال : لا يجوز له يعنى المالك أخذ شى ، لانه ادعى المحصة ، وقد سقطت باليمين ، قان الحق وعوضه لا يمكن الاخذ فى الدنيا بعد الحلف ، كما هو المقرد عند هم ، ولانه لا يدعى عليه الا المحصة ، وقد ثبت شرعاً نفيها ، ولا يدعى غيرها ، ويأخذه هو ، فكيف يكلف الشادع العامل بشى قلض ، بل قائل بعدمه ، فلا يحتاج الى التحالف ، بأن يحلف المالك بنفى العادية ، اذ ليس للعامل غرض فى ثلك الدعوى ، بل غرضه نفى المحسة ، وقد نفاها بيمينه .

وبالجملة لأشك أن المدعى هنا هو المالك للمحمة فقط ، والعامل منكر ، واذا حلف سقطت ، و ليس للمالك دعوى أخرى ، فان كانت مسموعة عمل بمقتضاها ، وليس للعامل غرض يتعلق بدعوى العادية ، بل غرضه نفى دعوى المحمة وقد حصل ، فهلا تحالف فتأمل ، و سيجى مثله في دعوى الاجارة والعارية ، انتهى .

أقول: لقائل أن يقول: أن الغرض من دعوى العاربة هو أنه لما ثبت من الشارع تحريم التصرف في مال الغير الا بوجه شرعى ، والا لكان ذلك موجباً للموأخذة دينا و دنيا ، أما في الديسن فباستحقاق العقاب ، و أما في الدنيا فباستحقاق العوض ، احتاج العامل الى التعلق بشي ويدفع عنه الامرين ، فتعلق بدعوى العارية لذلك ، و مجرد كون دعوى العامل متضمنا لدفع الحسة وان غرضه من هذه الدعوى ذلك لا يضرجه عن كونه مدعياً يترتب عليه ما يترتب على المدعى ، حتى أنه يحصر المدعى في المالك ، وأن العامل منكر خاصة ، وحيث أن المالك ادعى الاجارة وطلب الاجرة المسماة في العقد بزعمه ، وحصل التحالف من الطرفين على نفي الدعويين بطل ما تقدم من الدعويين ، وما يترتب عليهما من الحكمين ، ورجعنا الى أن الاصل حرمة مال المسلم وعصمته عن عصرف غيره الا بوجه شرعى ، وحيث أن العامل قد تصرف بغير وجه شرعى

أوجبنا عليه أجرة المثل لذلك ، سواء زادت عمايدعيه سابقاً أو نقصت كماقد منا ذكره ، وان كان على خلاف ما صرحوا به كما عرفت .

وبالجملة فالمسئلة لخلوها عن النص الواضح محل اشكال ، وللنظر فيها مجال كما عرفت من اختلاف هذه الاقوال .

حداكله فيما اذا وقع النزاع والاختلاف بعد تصرف العامل ، واستيفاء المنفعة كلا أو معنا ، أما لـ وكان قبل ذلـك فانـه متى تحالفا انتفت العارسة والمزارعة والأحارة ، وحرم على العامل التمرف ملا خلاف ولا اشكال ، وحيث قد ثبت بناء على ما هو المشهور أن اللازم بعد التحالف انما هو أجرة المثل ، وحينتُذ فيكون الاختيار في الزرع بيقائمه الى أوان الحصاد أو قسله قبل ذلك للزارع ، لما علم من أن أصل الزراعة وقم بوجه شرعي واذن من المالك ماتفاق الخصمين، وانما الخلاف في الأجرة وجوداً وعدماً، فهو زرع بحق، فلاسعوز للمالك قلعه بغير اذن مالكه ، مم أن ابقائه انما هـ و بأجرة لامجاناً ، والاجرة ثابتة من وفت الزرع الي وقت ازالته ، سواءكان وقت المحساد أو قبله ، كذا ذكروم ، وعندى فيه اشكال ، لانه وانكان أصل الزرع بالاذن أعم من أن يكون عارية أو اجارة مثلا، الأأنه بعد التحالف قد بطل كل من دعوى العاربة ودعوى الاجارة، فكيف ترتب عليهما حكم جواز البقاء، والحال أنه بعد التحالف قد ذال الامر الاول ، وهو الاذن المتفق عليه بل اللازم بمقتضى ذلك جواز قلع الزرع واذالته ، وأجرة المثل انما هي لما مني من المدة ، الا أن يتفقا على بقائه بأجرة وهوخارج عن محل البحث ، وحينتد فينبغى أن يجوز للمالك ازالته ان لم يرض بيقائه بالأجرة.

وبالجملة فان الحالين باعتبار التحالف وبطلان الدعويسين قد اختلف ، والما ثبت سابقاً باعتبار عدم خلو الحال من صحة احدى الدعويين ، والما ثبت بالتحالف بطلانهما معاً تغير الحكم والله المالم .

ومنها ما لو اختلفا فقال العامل: أنها اعارة ، وقال المالك: انها غسب ، ولم يدع عقداً محللاً كما تقدم ، فالقول هنا قول المالك بيمينه ، لاسالة عدم الاعارة ، وبقاء منافع أرضه على ملكه ، وعدم خروجها عنه بعارية ولا غيرها ، ومتى حلف على نفى دعوى العارية وثبت كون وضع الزرع فيها بغير وجه شرعى تخير المالك بين قلعه وبين مطالبته بأجرة المثل ، لما مضى من المدة ، وأرش الارض ان نقصت ، وطم الحفر ونحو ذلك مما يلزم الفاصب كما يأتى انشاء الله تعالى ـ فى كتاب الفصب ، وان اتفقا على بقائه بأجرة جاز .

ونقل فى المسالك عن التذكرة أنه يحلف العامل على نفى النصب، ولم يذكر يمين المالك، ورتب باقى الاحكام، ثم قال: والحق ماذكر هنا من أن الحالف المالك على نفى العارية لا غير، انتهى.

الثامنة ـ قد صرح الاصحاب من غير خلاف يعرف بأنه يجوز للعامل أن يشارك غيره في العمل بالحصة المعلومة ، وأن يزارع غيره من غير توقف على اذن المالك ، اذا لم يكن شرط عليه العمل بنفسه ، لماسيأتي في الاجارة ان شاعالة .

ولكن لا يسلم الارض الا باذن المالك ، والا كان ضامناً ، كما يأتى فى الاجارة أيضاً ، والاصل فى ذلك عندهم انه لما كانت المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الارض الى العامل بالحصة المخصوصة ، كان للعامل نقلها الى غيره ، والمشاركة فيها لعموم « الناس مسلطون على أموالهم » (١) فلا يتوقف ذلك على اذن المالك ، اذ لاحق له فى المنفعة .

نعسم تسليم الارض يتوقف على اذنه كما عرفت ، واشترط بعنهم في جواز مزارعة غيره كون البذر من العامل ، ليكون تمليك العصة منوطاً به ، وبه يفرق بينه وبين عامل المساقات ، حيث لا يسح له أن تساقى غيره كما سيأتى انشاءالله تحقيقه في المطلب الثانى ، ولان البذران كان من صاحب الارض ، فالاسل أن

⁽١) البحارج ٢ ص٢٧٢ ح ٧ .

لايتسلط عليه الا مالكه ، أو من أذن له وهو الزادع.

قال في المسالك: وهو حسن في مزارعة غيره، أما المشاركة فلا، لان المراد بها أن يبيع بعض حسته في الزرع مشاعاً بعوض معلوم، وهذا لا مانع منه لملكه لها فيتسلط على بيعها كيف شاء، بخلاف ابتداء المزارعة، اذ لا حسق له حينتذ الا العمل، وبه يستحق الحصة مع احتمال الجواز مطلقاً ، لان لز م عقدها اقتضى تسلطه على العمل بنفسه وغيره، وملكه للمنفعة، والتصرف في البذر بالزرع، وان لم يكن بنفسه، حيث لايشترط عليه الاختصاص، فيجوذ نقله الى الغير، كما يجوز الاستنابة.

ويضعف بأن البدر حينتذ ليس ملكا له ، وانما هو مأذون في التصرف فيه بالزرع ، و به يملك الحصة .

وقد يقال: ان هذا كاف في جواز مزارعة الغير، لانها عبارة عن نقل حقه في ذلك اليه، وتسليطه على العمل، فيجوز كما يجوز له التوكيل فيه والاستنابة وغيرها من الوجوه.

هذا كله اذا لم يشترط المالك العمل عليه بنفسه ، والا لم يجز المشاركة ولا المزارعة بحيث يصير العمل أو بعضه متعلقاً بغيره .

ولا يرد أن ذلك يفتنى منع المالك من التصرف فى ماله ، فيكون منافياً للشرع ، « لان الناس مسلطون على أموالهم » لان ذلك حيث لايعارضه حق غيره ، والا لم تتم الكلية ، ضرورة تخلفه فى كثير كالراهن والمفلس ، انتهى .

وظاهر المحقق الاردبيلي المناقشة هنا في موضين : أحدهما _ في الشرط المنقول عن بعضهم في جواز مزارعة غيره من انه لابد من كون البذر من العامل فلو كان من المالك لم تصح .

وثانيهما في ما ذكره في المسالك في بيان معنى المشاركة من أن المراد بها أن يبيع بعض حصته في الزرع الي آخره قال : واشترط بعض في هذا كون

البدر من العامل، وبه يفرق بين المزارعة والمساقاة، حيث لا تبعوذ المساقاة من المساقى، وتبعوز المزارعة من العامل، وعموم الادلة ... ووتسلط الناس على أمو الهم »، وتملك المنفعة والحصة مع العمل، وعدم ظهور مانع ... يفيد البعواذ ولو كان في المساقاة ما يمنع من اجماع وتحوه فهو ، والا فينبغي القولبه فيها أينا ثم انه قبل: في شرح الشرايع: المراد بالمشاركة هو بيسع العامل بعض حسته المعلوم من الحصة التي له من الارض بعوض معين، وهو انما يكون بيلوغ الزرع أوان البيع، ويكون الثمن غير العمل على الظاهر، وظاهر العبارات أعم من ذلك، بل غير ذلك، فانا نفهم أن المراد أن يشارك غيره بأن يعمل معه العمل المشترط بعوض وغيره، وكون العوض جزء من حسته، فكأنه يرجع الى المزارعة في البعض، أو اجارة شخص لعمل بعوض، أو استعماله بغير عوض فتأمل، انتهى.

أقول: وهو يرجع في التحقيق الى ما ذكره أخيراً في المسالك بقوله، وقد يقال: « ان هذا كاف » الى آخره، ولا بأس به والذى وصل الى من الاخبار المتعلقة بهذا المقام ما رواه المشايخ الثلاثة (رحمة الله عليهم) عن سماعة (١) في الموثق « قال: سألته عن المزارعة قلت: الرجل يبذر في الارض مائة جريب أو أقل أو أكثر طعاماً أو غيره فيأتيه رجل فيقول: خذ منى نسف ثمن هذا البذر الذى ذرعته في الارض، و نسف نفقتك على وأشر كنى فيه، قال: لا بأس، وزاد في غير الفقيه « قلت: وانكان الذى يبذر فيه لم يشتره بثمن، و انما هو شيء كان عنده، قال: فليقومه قيمة كما يباع يومئذ فليأخذ نسف الثمن و نسف النفقة ويشاركه » و ما اشتملت عليه الرواية المذكورة أحد انواع المشاركة وأفر ادها، و ظاهرها أن البذر والموامل والعمل كله من الزارع، وأنه أعطاه وشف جميع ذلك، فسار شريكه، يعمل فيما بقى معه، ويأخذ نسف ماشرط له من الحسة، وهو ظاهروالله العالم.

⁽۱) الكافى ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٣ ﴿ وفيه من الطعام ﴾ بدل طعاماً ، الققيه ج ٣ ص ١٤٩ ح ١ .

وحساده ونحو ذلك ، انتهى.

التاسعة _ الظاهر أنه لاخلاف بينهم في أن خراج الارض ومؤنتها على المالك الا مع شرطها أوبعنها على المزارع ، أما الخراج فلانه موضوع على الارض ، كالاجرة لهابل هو أجرة ، حتى أنه روى أنه لوزاد السلطان في الخراج وأخد من الزارع فالزيادة على المالك ، يجب عليه دفعها اليهم ، لانها انما زيدت على أرضه .

روى ذلك الشيخ فى التهذيب عن سعيد الكندى (١) • قال : قلت لابى عبدالله (عليه السلطان عليهم قال : اعطهم عبدالله (عليه السلطان عليهم قال : اعطهم فضل ما بينهما ، قلت : أنا لا أظلمهم و لم أزد عليهم ، قال : انهم انما زادوا على أرضك » .

وأما المؤنة فذكرها المحقق والعلامة في بعض كتبه اجمالا ، ولم يتنبهوا على ماهو العراد منها ، معأنهم اطلقوا أن العمل على الزارع أو من شرط عليه قال في المسالك : و الظاهر أن العراد بمؤنة الارض هنا ما يتوقف عليه الزرع ، ولا يتعلق بنفس عمله وتنميته ، كاصلاح النهر والحائط ونصب الابو اباذا احتاج اليها ، واقامة الدولاب ، وما لا يتكرر في كلسنة كما فسلوه في المساقاة ، والمراد بالعمل الذي على الزارع ما فيه صلاح الزرع و بقاؤه مما يتكرر كل سنة ، كالحدث و السقى وآلاتهما ، و تنقية النهر من الحمأة ، و حفظ الزرع

هذا مع عدم اشتراطها على الزارع ، أما لو اشترطها المالك على الزارع كلا أو بعضاً تعلقت بالسزارع ، الا أن ظاهس شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك معلومية القدر المشروط وضبطه كلا أو بعضاً ، حيث قال : فان شرط عليه لسزم اذاكان القدر معلوماً ، وكذا لوشرط بعضه معيناً أومشاعاً مع ضبطه ، ولسوشرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة فهى على صاحب الارض ، لان الشرط لسم يتناولها ، ولم يكن معلومة ، فلايمكن اشتراطها ، انتهى .

⁽۱) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٨ ح ٦١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١١ ح ١٠ -

أقــول : المفهوم مما حضرني من الاخبار المتعلقة بهذه المسئلة خلاف ما ذكره (رحمه الله) وهو مارواه في الكافي والتهذيب عن داود بن سرحان (١)في الصحيح و عن أبي عبدالله (عليه السلام) في الرجل يكون له الارض عليها خراج معلوم ، وربما زاد و ربما نقص فيد فعها الى رجل أن يكفيه خراجها و يعطيه مأتى درهم في السنة ، قال : لابأس ، و رواه السدوق في الفقيه عن يعقوببن شعيب (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) مثله .

وما رواه في الكافي عن يعقوب بن شعيب (٣) في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن الرجل تكون له الارض من أرض الخسراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ، ويؤدى خراجها ، وماكان من فضل فهو بينهما ، قال: لابأس،

وهذه الأخبار كماتري ظاهرة في عدم ضرر جهالة الشرط المذكور هنا، سيما الخبرين الأولين ، بل ورد ما هو أظهر اشكالاً من ذلك مما يدل على جواز قبالة الارض واجارتها بما عليها من الخراج قل أو كثر.

كما رواه في الكافي عن ابر اهيم بن ميمون (٤) ﴿ قَالَ : سَأَلَتَ أَبَا عَبِدَ اللَّهُ (عليه السلام) عن قرية لاناس من أهل الذمة لا أدرى أسلها لهم أم لاغير أنها في أيديهم ، و عليهم خراج ، فاعتدى عليهم السلطان ، فطلبوا الى فأعطوني أرضهم وقريتهم أن اكفيهم السلطان بما قل أو كثر ففضل لى بعد ذلك فضل ، بعد ماقبض السلطان ما قبض قال: لا بأس بذلك لك ماكان من فضل ، .

⁽١) الكافي ج ه ص ٢٦٥ ح ه ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٦ ح ١٤ ، الموسائل ج ١٢ ص ٢١١ ح ١٠

⁽٢) الفقيه ج ٣ ص ١٥٤ ح ١ ، الرسائل ج ١٣ ص ٢١١ ح ١ .

⁽٢) الكافي ج ه ص ٢٦٨ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢ .

⁽٤) الكافي ج ٥ ص ٧٧٠ ح م، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٢ ح ٢ ٠

وما رواه الشيخ في الصحيح عن داودبن سرحان (١) قال : سألت اباعبدالله (عليه السلام) عن القوم يدفعون أرضهم الى رجل فيقولون له كلها واد خراجها ، قال : لابأس به ، اذاشا وا أن يأخذوها أخذوها » .

وما رواه فى الفقيه عن ابى الربيع (٢) * قال : قال أبوعبدالله (عليه السلام) فى رجل يأتى أهل قرية وقد اعتدى عليهم السلطان وضعفوا عن القيام بخراجها، والقريبة فى أيديهم ولايدرى هى لهم أم لغير هم فيها شىء، فيدفعونها اليه على أن يؤدى خراجها ، ويفضل بعد ذلك شىء كثير، فقال : لا بأس بذلك اذا كان الشرط عليهم يذلك » .

وهى ظاهرة فى جهالة مال الاجارة ، اذ ليس لهذه الاخبار محمل على غير الاجارة ، وهذه الاخبار مما يؤيد القول بالاكتفاء بمعلوميتها فى الجملة ، خلافاً لظاهر المشهور من اشتراط معلوميتها تفسيلا بالكيل لوكانت مكيلة ، و الوزن كذلك و نحو ذلك ، و سيأتى تحقيق المسئلة _انشاءالله تعالى _ فى محلها والله العالم .

العاشرة - قد سرحوا بانه في كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة ، فائه يجب لساحب الارض أجرة المثل ، و هو مبنى على ما اذا كان البذر من الزارع ، لان المحاصل حينتُذ يكون له ، حيث أنه نما و بذره ، و يجب لساحب الارض عليه أجرة مثله ، لتصرفه فيها وأخذه منفعتها من غير أن يكون ذلك تبرعاً ولابتعيين أجرة ، فيلزم الموض وهو أجرة المثل .

وأما لوكان البذر لصاحب الارض فان النماء يكـون له لما عرفت ، وعليه للعامل أجرة المثل بالنسبة الى العمل ، والعوامل والالات .

ولوكان البذرمنهما معاً أنصافا مثلا ، فالحاصل بينهما كذلك ، ولكلمنهما

⁽۱) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ٦٤ لكنعن أبي بردة بن رجا ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٢ ح ٣٠

⁽٢) الفقيه ج ٣ ص ١٥٨ ح ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٢ ح ٤ .

444

على الاخر أجرة ما يخصه على نسبة ماللاخر من العصة ، فلوكان البذر بينهما أصافاً كما فرضناه رجع المالك بنصف أجرة أرضه على العامل ، ورجع العامل على المالك بنصف أجرة عمله وعوامله وآلاته .

وعلى هذا القياس لوكان البذر من ثالث بناء على جبواز المزارعة مسم الزيادة على المثن بالنسبة الى الارش الريادة على المثل المملها بالنسبة الى عمله وعوامله وآلاته والله العالم.

الحادية عشر ـ قـد صرحوا بأنه يجـوز لصاحب الارض أن يخـرص على الزارع ، والزارع بالخيار فـى القبـول والرد فان قبل كان استقـراره مشـروطا بالسلامة ، فلوتلف الزرع بآفة سماوية أو أرضيته لم يكن عليه شيء.

أقول: اما جواذ الخرص وتخيير الزارع بين القبول و عدمه فيدل عليه جملة من الاخبار، مضافاً الى ظاهر اتفاق الاصحاب، ومنها أخبار خيبر، وقد تقدم في المسئلة الخامسة خبر الكنائي، الدال على خسرص عبدالله بن رواحة عليهم، وتخييرهم.

ومثلها صحيحة يعقوب بن شعيب (١) عن أبسى عبدالله (عليه السلام) و فيها فلما بلغت الثمرة أمر عبدالله فخرص عليهم النخل ، فلما فرغ منه خيرهم فقال : قد خرصناهذا النخل بكذا ساعاً فان شئم فخذوه وردوا علينا صف ذلك ، وان شئم أخذناه و أعطينا كم نسف ذلك ، فقال اليهود بهذا قامت السموات والارش .

وأما ان ذلك يكون لازماً له بعد القبول ، وبعوجب ذلك يكون الزيادة له والنقس عليه فيدل عليه مارواه في الكافي والفقيه (٢) عن محمد بن عيسى عن بعض أسلحابه ، « قال : قلت لابى العسن (عليه السلام) : ان لنا أكسرة فنزار عهم فيجيؤن ويقولون لنا : قد حزرنا هذا الزرع بكذا وكذافاً عطوناه ، و نحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحزر فقال : وقد بلغ ؟ قلت : نعم قال :

⁽١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠ ح ٥

⁽٢) الكافي ج ٥ ص ٢٨٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩ ح ٤ ٠

لا بأس بهذا ، قلت : فان م يجى عدد ذلك فيقول لنا : ان الحزر لم يجى كما حزرت وقد نقص ، قال : فاذا زاد يرد عليكم ؟ قلت : لا قال : فلكم أن تأخذوه بتمام الحزر كما أنه اذا زادكان له كذلك اذا نقص كان عليه .

وما رواه الشيخ في الموثىق عن محمدبن مسلم (١) عن أبي جعفر وأبي عبدالله (عليهما السلام) • قال: سألته عن الرجل يمضى ماخرص عليه في النخل؟ قال: نعم، قلت: أرأيت ان كان أضل مما خرص عليه الخارص أيجزيمه ذلك؟ قال: نعم،

وقد صرح الاصحاب بأن محل الخرص بعد بلوغ الغلة ، وهو عبارة عن التعقاد الحب ، واليه يشير قوله في صحيحة يعقوب المذكورة « فلما بلغت الثمرة» وقوله في مرسلة محمد بن عيسى قال « وقد بلغ قلت : نعم قال : لا بأس » .

وأما ان استقراده مشروط بالسلامة بمعنى أنه لوتلفت الفلة بآفة من جهة الله تعالى فلاشىء عليه ، ولو تلف البعض فبالنسبة ، فالاخبار خالية منه ، مس ظهور منافاة ذلك الحكم باللزوم بعد القبول كما عرفت ، الاأن ظاهر الاصحاب عدا ابن ادريس الاتفاق على الحكمين المذكورين .

قال فى المسالك _ بعد أن ذكر أن المشهور ان لزوم العوض فيه مشروط بالسلامة _ ما لفظه والحكم بذلك هو المشهور بين الاصحاب ، ومستنده غير واضح وحكمه لا يخلو من اشكال ان لم يكن انعقد عليه الاجماع ، وانى لهم به ، وانما هو شىء ذكره الشيخ فى بعض كتبه ، وتبعه عليه الباقون معترفين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم ، انتهى .

وهو كما ترى ظاهر فى توقفه فى الحكم بذلك وظاهر المحقق الاردبيلى (قده) الميل الى ذلك بتكلف بالوجوه المصححة له حيث قال: دوجه توقفه على السلامة من الافات السماوية والارضية أنه بمنزلة معاملة مشترطة بقبض العوض، ووصوله

⁽١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٥ ح ١٥ . الوسائسل ج ١٣ ص ٢٠٦ ح ٣ .

الى يد صاحبه ، فلو لم يسلم لم يحصل ذلك كالمبيع اذا تلف قبل القبض ، الى أن قال: فالحكم غير خال من وجه مع شهرته ، بل كاد أن يكون اجماعاً ، اذ المخالف غير ظاهر - مع التتبع ، غير ما نقل عن ابن ادريس رحمه الله ، من منع هذه المعاملة .

وهو غيرجيد للنسو صالمتقدمة وعموم أدلة المقود والشروط نعم قديمصل التردد في بعض اللواذم ، مثل توقفه على السلامة ، مع كونه لازما ، على ذلك غير بعيد لما قد مناه مع عدم الخلاف من القائلين به فتأمل ، انتهى .

وبالجملة فان الحكم المذكور محل الاشكال لما عرفت من ظهور الاخبار في لـزوم هذه المعاملة وصحتها ،وقنية ذلك ان ذهابه بالافية من مال المتقبل خاصة ، مع ظهور اتفاقهم على خلافه كما عرفت .

وقال في المسالك بعد ذكر تخير الزارع في القبول وعدمه: مالفظه وعلى تقدير قبوله يتوقف نقله اليه على عقد - كغيره من الاموال - بلفظ السلح أو التقبيل على ما ذكره الاسحاب.

أقول: لا ينخفى أن غاية ما يفهم من الاخبار المتقدمة التي هي المستند في هند الاحكام هو حصول التراضى بينهما كيف اتفق، كما هو القدر المحقق من الاخبار في سائر العقود التي اشترطوا فيها ما اشترطوه من القيود الكثيرة، نعم يمكن القول بكون ذلك من قبيل السلح، فانه كما تقدم تحقيقه، لا شرط فيه زيادة على ما يسدل على التراضى بينهما بالالفاظ الجارية في المحاورة في ذلك المقام.

اذا عرفت ذلك فاعلم انه قد قال الشيخ في النهاية : ومن زارع أرضاً على ثلث أوربع وبلغت الغلة ، ثمرة كانت ثلث أوربع وبلغت الغلة جاز لساحب الارض أن يخرص عليه الغلة ، ثمرة كانت أو غيرها ، فان رضى المزارع بماخرص أخذها وكان عليه حصة صاحب الارض ، سواء نقم الخرص أو زاد ، وكان له الباقى ، فان هلكت الغلة بعد الخرص بآفة سماوية لم يكن عليه للمزارع شيء انتهى ، وعلى هذه المقالة وما تضمنته من

جميع الاحكام جرى الاصحاب ممن تأخرعنه.

وقال ابن ادريس: الذى ينبغى تحصيله انه لا يخلو أن يكون قد باعه حسته من الغلة والثمرة بمقدار مافى ذمته من الغلة والثمرة، أوباعه الحصة بغلة من هذه الارض، فعلى الوجهين معاً البيع باطلا، لانه داخل فى المزابنة والمحاقلة، وكلاهما باطلان وان كان ذلك صلحاً لا بيعاً فان ذلك بغلة وثمرة فى ذمة الاكار الذى هو الزارع فانه لازم له، سواء هلكت الغلات بالافة السماوية أو الارضية، وان كان ذلك الصلح بغلة من تلك الارض، فهو صلح باطل لدخوله فى باب الغرر، لائه غير مضمون فان كان ذلك فالغلة بينهما سواء، زاد الخرص أو نقص، تلفت منهما أو سلمت لهما، فليلحظ ذلك، فهو الذى يقتنيه اسول مذهبنا، وتشهد به الادلة فلا يرجم عنها بأخبار الاحاد التى لا توجب علماً ولاعملا، انتهى كلامه.

أقول: لا يتخفى ان حند الاصول التى يستند فى غير مقام اليها والادلة التى بنده بالاعتماد عليها ان كانت من الاخبار المعلومة من الائمة الاطهار (غليهم السلام) فهى لا تخرج عما دده هنا من هنده الاخبار ، لان الجميع مشترك فى نسبته اليهم ، وثبو ته عنهم (عليهم السلام) فان سماها أخباد آحاد ، لم ينقل عنهم فى حكم من الاحكام الفقهية أخبار بطريق التواتر ، ليكون مقابلة لهذه الاخباد ، بل ليس الاحده الاخبار المروية فى الكتب الاربعة المشهورة وتحوها ، وان سماها بماذكره ، و انكانت من القرآن فمن المعلوم بطلانه ، لان القرآن لم يتضمن أمثال هذه الجزئيات والخصوصيات ، وان كان الاجماع فهو غير حقيق بالاستماع ، ولاجدير بالاتباع ، وليس فيه الاتنبيع المداد ، و تكثير السواد كما لا يتخفى على أدنى ذى مسكة من الساد ، فضلا عن ذى الفهم النقاد .

و من الاخبار الزائدة على ما قدمناه صحيحة الحلبي (١) عن أبي عبدالله

⁽۱) الكافى ج ه ص ٢٦٧ ح ا، التهذيب ح ٧ ص ١٩٣ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ١٨ ح ٢ ٠

في عدم جواز جعل شيء منالحصة للبقر ونحوم

(عليه السلام) أن أباه حدثه أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أعطى خيبر بالنصف أرضها ونخلها فلما أدركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحه وقوم عليهم قيمة فقال لهم : اما أن تأخذونه وتعطوني نسف الثمن ، واما أن أعطيكم نسف الثمن وآخذه ، فقالوا : بهذا قامت السماوات والارض » .

على أن لقائل أن يقول أنه لادليل على انتصاد النقل فى هدفه العقود المشهود بينهم من البيع والسلح وتحوهما ، لوجود جملة من المواضع قد دلت الاخباد على حصول النقل فيها مع خروجها عن هذه المواضع ، كالاخبار الدالة على جواذ قبالة الارش بما عليها من الخراج ، وقد تقدمت فى المسألة التاسعة والاخبار الدالة على جواذ قبالة الارش لمن يعمرها ويدؤدى خراجها ويأكل حاصلها ، وقدمت فى الشرط الثانى من شروط المزادعة ، فلتكن هذه الاخبار هنا من قبل ذلك ، وان أمكن ادراج الجميع فى السلح ، اذ لادليل على تخصيصه بما اسطلحوا عليه وخصصوابه من الشروط .

وبالجملة فانه حيث تكاثرت الأخبار بصحة هذه المعاملة واستحقاق ذلك بعد التخيير والقبول ووجوب دفع الحصة المشترطة على المتقبل، فانه لايلتفت الى كلامه، وانما يبقى الاشكال فيما ذكروه من اشتراط السلامة كما عرفت والله السالم.

الثانية عشر - نقل فى المختلف عن ابن البعنيد أنه قال: لو استحقت الارض كان للمالك أن يطالب الزارع بقلع الزرع ، الا أن يكون فى ذلك ضرر على أهل الزكاة وغيرهم ، بتلف حقوقهم منه ، فان ضمنه رب الارض لهم وقلع الزرع كان مخيراً بين أن يأخذ البعزء منه على تلك المحال ، وبين أن يضمن الذى غر "الزارع فيمة نسف الزرع ثابتاً وسلم الزرع كله اليه .

ثم اعترضه فقال : والوجه أن للمالك قلع الزرع مطلقاً وان تنور أرباب الزكاة ، ويأخذ أرباب الزكاة عسيبهم من العين ، اذا تعلقت بها الزكاة ، وله الرجوع

في الزرع بالاجرة ويرجع الزارع على الغار ، انتهى وهو جيد .

الغالثة عشر مدروى ثقة الاسلام في الكافي والشيخ في التهذيب عن عبدالله بن سنان (١) في الصحيح ، انه قال : في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره ، فيقول ثلث للبقر ، وثلث للارض ، وثلث للبذر ، قال : لا يسم شيئاً من الحب والبقس ، ولكن يقول: اذرع فيها كذا وكذا ان شئت نسفاً وان شئت ثلثا » .

وعن سليمان بنخالد(٢) في الصحيح « قال : سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن الرجل يزرع أرض آخر فيشترط للبندر ثلثا وللبقر ثلثا ؟ قال : لاينبني أن يسمى بذراً ولا بقراً فانما يحرم الكلام » .

وروى الشيخ فى التهذيب عن أبى الربيع الشامى (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) مثل الخبر الثانى: وذاد قبل قوله و وانما يحرم الكلام ، و ولكن يقول لصاحب الارض: ازرع فى أدخك ولك منها كذا وكذا نسف أوثلث أو ماكان من شرط ولا يسمى بذراً ولا بقراً ، .

وروى فى الغقيه عن أبى الربيع (٤) « عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى الرجل يزرع أرض وجل على أن يشترط للبقر الثلث ، ولساحب الارض الثلث ، فقال : لا ينبغى أن يسمى بقراً ولا بذراً ، ولكن يقول لساحب الارض : ازرع فى أرضك ولك كذا وكذا مما أخرج الله تعالى » .

وروى فى الكافى فى الصحيح عن الحلبى (٥) • قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يزرع الارض فيشترط للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً ؟ قال : لا ينبغى أن يسمى شيئاً فانما يحرم الكلام » .

⁽۱) الكافى ج ه ص ۲۹۷ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٧ ح ١٨ ، الوسائـل ج ١٣ ص ٢٠٠ ح ٥ .

⁽٢) الكانى ج ه ص ٢٦٧ ح ه ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٠ ح ٢

⁽٣) التهذيب ح ٧ ص ١٩٤ ح ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠١ ح ١٠

⁽٤) الفقيه ح ٣ ص ١٥٨ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠١ ح ١٠٠

⁽ه) الكافي ج ٥ ص ٢٦٧ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٩ ح ٤ -

أقول: وهذه الاخبار قد اشتركت في الدلالة على تحريم اشتراط شيء للبقر والبدد كما عرفت ، ولم أقف على قائل بذلك الا في كلام ابن البعنيد وابن البراج.

قال ابن الجنيد: ولا بأس باشتراك العمال بأموالهم و أبدانهم في مزارعة الارض واجارتها ، اذا كان على كل واحد قسط من المؤنة والعمل ، وله جزء من الغلة ، ولا يقول أحدهم : ثلث للبذر ، و ثلث للبقر ، و ثلث للعمل ، لان صاحب البذر يسرجع اليه بذره ، وثلث الغلة من الجنس ، وهذا رباً ، فان جعلت البذر ديناً جاز ذلك ، وقال ابن البراج : لا يجوز أن يجعل للبذر ثلثا وللبقر ثلثا .

والعلامة فى المختلف بعد أن نقسل عنهما ذلك واستدل لهما بروايــة أبى الربيـع المروية فى التهذيب قال : والوجه الكراهة ، ولا ربا هنا ، اذ الربا انما يثبت فى البيع خاصة .

أقول: أنت خبير بان الدليل غير منحصر في رواية أبي الربيع المذكور، لما عرفت من الروايات الصحيحة السريحة في التحريم غيرها، وعدم ظهور الوجه لنا في التحريم لايدل على نفيه فلمل هنا علة لايدركها فهمنا ، على أنحاذكره من اختصاص الربا بالبيع خاصة قد تقدم مافيه ، وأنه ثابت في غيره أيضاً.

قال بعض مشايخنا المحدثين من متأخرى المتأخرين في حواشيه على التهذيب: وقوله للبذر ثلثا وللبقر ثلثا يحتمل وجهين، أحد هما أن يكون اللام للتمليك، فالنهى لكونهما غير قابلين للملك، وثانيهما أن يكون المعنى ثلث بازاء البذر، وثلث بازاء البقر، فالنهى لشائبة الربا في البذر، وقال العلامة في المختلف: بالكراهة، وابن البراج وابن الجنيد ذهبا الى الحرمة، ولا يخلو من قوة، انتهى.

تعميم نفعه عميم في استحباب المزارعـة والفرس، وما يقال ويفعل وقت الحرث والزرع ونحو ذلك قـد استغاضت الاخبار باستحباب الـزرع، فـردى

المشايخ الثلاثة عن سيابة (١) عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال : سأله رجل فقال له : اذرعوا فقاله : اذرعوا واغرسوا فلا والله ما عمل الناس عملا أسل ولا أطيب منه ، والله ليزر عن الزرع وليغرسن النخل بعد خروج الدجال » .

وروى فى الكافى والفقيه عن محمد بن تحطية (٢) قال : سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول : ان الله تعالى اختاد لانبيائه الحرث و الزرع كيلا يكرهوا شيئًا من قطر السماء ، وزاد فى الفقيه (٣) « وسئل عن قول الله تعالى « وعلى الله فليتوكل المتوكلون ، قال : الزارعون .

وروى فى الكافى عن سهل (٤) رفعه «قال: قال أبوعبد الله (عليه السلام): ان الله جمل أرزاق أنبيائه فى الزرع والنرع لئلا يكرحوا شيئًا من قطر السماء».

وعن مسمع (٥) عن أبي عبد الله (عليه السلام) • قال: لما حبط آدم (عليه السلام) الى الارض احتاج الى الطعام والشراب فشكى ذلك السى جبر ئيل (عليه السلام) فقال له جبر ئيل: قال مكن حراثا قال: فعلمنى دعاء قال: قل: أللهم اكفنى مؤنة الدنيا وكل حول دون الجنة ، وألبسنى العافية حتى تهنئنى المعيشة ،

وروى فـى الكافى مـرسلا (٦) « قال : روى أن ابا عبدالله (عليه السلام) قال : الكيمياء الاكبر الزراعة » .

وعن يزيدبن هارون الواسطى (٧) قال: سألت جعفر بن محمد (عليهما السلام)

⁽۱) الكافى ج ه ص ٢٦٠ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٣٦ ح ٣ه، الفقيه ج ٣ ص ١٥٨ ح ه، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ١ .

⁽٢) الكانى ج ه ص ٢٦٠ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ٣.

⁽٣) الفقيه ج ٣ ص ١٦٠ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ٤ .

⁽٤) الكافى ج ه ص ٢٦٠ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ٢ .

⁽٥) الكافي ج ه ص ٢٦٠ ح ٤ ، الوسائيل ج ١٣ ص ١٩٤ ح ٥ -

⁽١٦) الكافى ج ٥ ص ٢٦١ ذيل ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٤ ح ٨ .

⁽٧) التهذيب ج ٦ ص ٣٨٤ ح ٢٥٩ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢٥ ح ٣٠

عن الفلاحين فقال هم الزارعون كنوز الله في أرضه ، وما في الاعمال شيء أحب المياللة من الزراعة ، ومابعث الله نبياً الازراعاً الاادريس فانه كان خياطاً .

وعن يزيد بن هارون (١) « قال : سمعت أباعبد الله (عليه السلام) يقول : الزارعون كنوز الانام يزرعون طيباً أخرجه الله عزوجل ، وهم يـوم القيامة أحسن الناس مقاماً وأقربهم منزلة يدعون المباركين .

وروى في الكافى عن السكونى (٢) دعن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: سأل النبى (صلى الله عليه و آله) أى المال خير ؟ قال: الزرع زرعه صاحبه ، وأصلحه وأدى حقه يوم حصاده ، قال: فأى المال بعد الزرع خير ؟ قال: رجل فى غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم السلوة ، ويؤتى الزكاة ، قال: فأى المال بعد الغنم خير ؟ قال: البقر تفدو بخير و تسروح بخير ، قال: فأى المال بعد البغر خير ؟ قال: الراسيات فى الوحل والمطعمات فى المحل . نعم الشىء النخل من باعه فائما ثمنه بمنزلة رماد على وأس شاهق اشتدت به الربح في يسوم عاصف إلا أن يخلف مكانها ، قيل : يارسول الله فأى المال بعد النخل خير ؟ قال: فسكت قال: فقام اليه رجل فقال له : يارسول الله فأين الابل؟ قال: فيها الشقاء والجفاء والعناء وبعد الدار ، تفدو مدبرة و تروح مدبرة ، لا يأتى خيرها إلا من جانبها الأشأم ،

ورواه الصدوق في الفقيه مرسلا (٣) قال : سئل النبي سلى الله عليه وآله المحديث ، ثم قال : معنى قوله لايأتي خيرها الا من جانبها الاشأم هوأنها لاتحلب ولاتركب الا من الجانب الايسر .

و في معانى الاخسِــار (٤) يقال لليد الشمال : الشــوم ، منها قال الله تعالى

⁽۱) و (۲) الكانى ج ه ص ٢٦٠ و ٢٦١ ح ٧ و ٢٩١لوسائل ج ١٩ ص ١٩٤ ح

٧ _ الوسائل ج ٨ ص ٢٩٢ ح ١ ٠

⁽٢)القيه ج ٢ ص ١٩٠ ح ٢.

⁽٤) معانمي الاخبار ص ٣٢٢ ط طهران ١٣٧٩ .

د وأصحاب المشأمة ، (١) يريد أصحاب الشمال .

وقال في الوافي : و معنى قوله « لاتعدم الاشقياء الفجرة » أن الابل لاتز ال تجد اشقياء يتخذونها ، انتهى .

و تحوه نقل عن بعض المشايخ أيضا حيث قال : أديد أنه من جملة مقاسد الابل أنه يكون معها غالبا الاشقياء الفجرة ، وهم الجمالون الذين هم شرار الناس ، انتهى .

أقول: قد روى الصدوق في كتابي الخصال ومعاني الاخبار (٢) عن الصادق (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): الغنم اذا أقبلت أقبلت واذا أدبرت أدبرت ، والابل أعنان واذا أدبرت أقبلت أوبلت أدبرت ولا يجيء خيرها الا من جانبها الشياطين اذا أقبلت أدبرت واذا أدبرت ولا يجيء خيرها الا من جانبها الا عن يتخذها بعد ذا قال: فأين الاشقياء الفجرة ، والا عثر من يتخذها بعد ذا قال: فأين الاشقياء الفجرة ،

وحينتُذ فالظاهر حمل اجمال الخبر الاول على هذا الخبر ، ويكون حاصل المعنى في الخبر الاول أن هذا الكلام منى لايصير سببا للناس في ترك اتتخاذها ، فانه يتخذها الاشقياء الفجرة .

و روى في الكافي عن شعيب العقرقوفي (٣) عن أبي عبدالله (عليه السلام) دقال: اذا بذرت فقل اللهم قد بذرنا وأنت الزارع واجعله حباً متراكما » .

وعن بكير في الحسن (۴) « قال : قال أبوعبدالله (عليه السلام) : اذا أردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضة من البذر واستقبل القبلة ، وقل : « أفرأيتم ماتحر ثون ، •أنتم تزرعونه أم نحن الزارعون » (۵) ثلاث مرات ثم تقول بل الله الزارع ثلاث

⁽١) سورة الواقعة الآيسة ٩ .

⁽٢) معاني الاخبار ص ٣٦١ ، الوسائيل ج ٨ ص ٣٩٣ ح ٤ ط طهران ١٣٧٩

⁽٣) الكافي ج ه ص ٢٦٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ٢ .

⁽٤) الكاني ج ٥ ص ٢٦٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ٣

⁽۵) سورة الواقعة الاية ۲۲ و ۲۳

مرات ثم قل: اللهم اجعله حباً مباركا وارزقنا فيه السلامة ، ثم انثر القبضة التي في يدك في الفراح » .

وعن على بن محمد (١) رفعه «قال: قال على (عليه السلام) اذا غـرست غرساً أو نبتاً فاقرأ على كل عود أوحبة سبحان الباعث الوارث، فانه لايكاد ينغطى انشاء الله تعالى » .

و عن محمدبن يحيى رفعه (٢) عن أحدهما (عليهما السلام) • قال : تقول اذا غرست أوزوعت ومثل كلمة طيبة كشجرة طيبة أصلها ثابت وفرعها في السماء تؤتى أكلها كل حين باذن وبها » .

و روى الصدوق في كتاب العلل بسنده فيه عن عيسى بن جعفر العلوى (٣) عن آباته أن النبى (صلى الله عليه وآله) قال : مر أخى عيسى بمدينة فاذا في ثمارها الدود . فسألوا اليه ما بهم ، فقال : دواء هـذا معكم وليس تعلمون ، أنتم قدوم اذا غرستم الاشجار صببتم التراب ، وليس هكذا يجب ، بل ينبغى أن تصبوا الماء في أصول الشجر شم تصبوا التراب لكيلا يقع فيه الدود ، فاستأنفوا كما وصف فذهب عنهم ذلك » .

وروى فى الكافى عن ابن عرفه (٤) * قال : قال أبوعبدالله (عليه السلام) : من أراد أن يلقح النخيل اذاكان لايجود حملها ولايتبعل النخل فليأخذ حيتانا صفارا يابسة فيدقها بين الدقتين ثم يدر فى كل طلعة منها قليلا ويصر الباقى فى صرة نظيفة ثم يجعله فى قلب النخلة ينفع باذن الله تعالى ،

وعن صالح بن عقبة (٥) وقال : قال لى أبوعبدالله (عليه السلام) قد رأيت حائطك ففرست فيه شيئاً بعد قال : قلت : قد أردت أن آخذ من حيطانك ودياً

⁽۱) و (۲) الكافي ج ه ص ٢٦٣ ح ه و ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ؛ و ه

⁽٣) علل الشرايع ص ٧٤ه ح ١ باب ٣٧٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٢ ح ١ .

⁽٤) و (٥) الكافى ج ه ص ٢٦٣ ح ٣ و ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ١ و ص ١٩٨ ح ٢ من بات ٢ .

314

قال: أفلا أخبرك بما هو خير لك منه ، وأسرع ، قلت : بلى قال : أذا اينعت البسرة وهسمّت أن ترطب فاغرسها ، فانها تؤدى اليك مثل الذى غرستها سواء ففعلت ذلك فنبثت مثله سواء » .

_--

nverted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version

المطلب الثاني في المساقاة

وهى معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها ، فالمعاملة بمنزلة الجنس ، لتناولها لجميع عقود المعاوضات ، وقولنا على الاصول بمنزلة الفسل ، يخرج به المزادعة ، وقولنا ثابتة لاخراج مالاثبوت لاسله ، وعرقه في الارض مثل الخضروات ، والورد الذي لم يغرس ، والمغروس قبل ثبوت عروقه واستقرادها ، ونقل في المختلف عن الشيخ أنه يجوز المساقات على البقل جرة بعد جرة للاصل ، ثم رده فقال : والاقرب المنع ، لانها معاملة على مجهول ، فتصح في موضع الاجماع ، انتهى .

وقولنا: بحصة من ثمرها يخرج به الاجادة ، فانها وان صحت على الاصول الثابتة لكن لابحصة من الثمرة ، بل بأجرة معينة معلومة أومنمونة ، و هل المراد بالثمرة هنا المعنى المتبادر ، أو ما يدخل فيه النماء للشجرة ، فتصح المساقاة على ما يقصد ورده ، وورقه ، كشجرة الحنا والتوت اشكال ، ولعل الارجح الاول ، حملا لللفظ على المعنى المعهود المتبادر من اللفظ ، فلاتصح المساقاة الاعلى أصول لها ثمرة متعارفة ، ويؤيده عدم وجود نص في المساقاة على ماكان كذلك ، والاصل العدم ، وأما دليل صحة هذه المعاملة فالاجماع والنصوص .

و منها صحيحة يعقوب بن شعيب (١) عن أبى عبدالله (عليه السلام) و فيها قال : سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه و فيها الرمان والنخل والفاكهة ويقول اسق هذا من الماء و اعمره ولك نصف مما خرج ، قال : لامأس » .

و سحيحة الحلبى (٢) عن أبى عبدالله (عليه السلام) « أن أباء حدثه أن رسول الله (سلى الله عليه وآله) أعطى خيير بالنصف أرضها ونخلها » الحديث .

والمراد أنه ، اعطى ارضها بالمزارعة و نخلها بالمساقاة ، وتحوه غيره من أخبار خيبر ، اذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنايقع في فصلين .

الفصل الاول في الازكان :

و هي خمسة ، العقد ، والمحل الذي تقسع المساقاة عليه ، والمدة ، والعدل ، والفائدة ، وحينتُذ فالبحث يقع في مقامات خمسة :

الأول - العقد ، وحيث كانت المساقاة عندهم من العقود اللازمة ، صرحوا فيها بما يشترط في غيرها من العقود اللازمة ، كالبيع و أمثاله ، فأو جبوا فيها الايجاب والقبول ، بأن يقول : ساقيتك وعاملتك أوسلمت اليك ، وعقدت معك عقد المساقاة ، وقبلتك عملها ، وتحو ذلك من الالفاظ الدالة على الانشاء بلغظ الماضي .

قالوا : واللفظ الصريح من ذلك لفظ ساقيتك ، وزاد في التذكرة على ما تقدم من الالفاظ أتمهد نخلي بكذا وكذا ، وأعمل فيهكذا وكذا .

قال في المسالك بعد نقل ذلك عنه: ويشكل بما مرفى نظيره من عدم سراحة الامر في الانشاء ، ولاوجه لاخراج هذا العقد اللازم من نظائره ، وقد نوقش في الاكتفاء به في المزارعة بلفظ الامر مع الاستناد فيها الى النص ، وهو

⁽۱) الكافى ج ه ص ۲۶۸ ح ۲ ، التهذيب ج ۷ ص ۱۹۸ ح ۲۲ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۰۸ م ۲۰۲ ع

⁽۲) الکافی ج ه ص ۲۶۱ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۱۹۳ ح ۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۱۹۹ ح ۲ .

منتف هنا ، وجريان المعاطات هنا بعيد ، لاشتمال هذا العقد على الغرر وجهالة العوض ، بخلاف البيع والاجارة ، فينبغى الاقتصار فيه على موضع اليقين ، انتهى . وأنت خبير بما فيه مما أسلفنا بيانه في غيرمقام مماتقدم ، ولاسيما في كتاب البيع (١) وبالجملة فالمستفاد من الاخبار على وجه لا يعتريه شائبة الانكار ، هو الاكتفاء بالالفاظ الدالة على التراضى بذلك على أى نحو اتفق .

ومنها صحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة ، فان ما اشتملت عليه من قول المالك د اسقهذا من الماء واعمره ولك نسف ما خرج ، هوعقد المساقاة الذى أو جبوا ترتب أحكام المساقاة عليه ، وهو ظاهر أيضا في أنه يكفى في القبول الرضا الفعلى ، دون القولى كما تقدم نظيره في المزارعة ، و المفهوم أيضا من أخبار خيبر ودفع النبي (صلى الله عليه وآله) أرضها ونخلها لهم بالنصف ، هو مجرد التراضي على ذلك بقول أوفعل بأى نحوكان ذلك .

على أن ما ادعوه من لفظ المساقاة في هذه المعاملة _ وتسميتها بهذا الاسم فضلاعن كو نه أصرح ألفاظها _ لم يرد في خبر من الاخبار بالكلية ، وانما هوشي اسطلحوا عليه ، وتبعوا العامة في التسمية بهذا الاسم ، ولفظ المزارعة وان وجد في الاخبار الا أن هذا اللفظ لم نقف عليه في خبر منها بالكلية ، والذي وجد ناه من أضارها هو ماقد مناه وربما أطلق عليها في بعض الاخبار لفظ القبالة .

وبالجملة فان ماذكروه فى المقامكما ذكروه فى غيره نفخ فى غير ضرام لعدم ثبوته فىشى من أخبارهم (عليهم السلام) التى هى المعتمد ، وعليها المعول فى النقسض والأبرام .

تنبيهات :

الاول - الظاهر أنه لاخلاف بينهم في أنه يكون عقد المساقاة من العقود اللازمة ، واستندوا في ذلك الى الادلة العامة ، مثل قوله تعالى و أوفوا بالعقود ، (٢)

⁽۱) ج۱۸ص۲۶۳

⁽٢) سوره المائدة ــ الآية ١.

دوالمسلمون عند شروطهم > (١) فلا يجدوز لاحدهما فسخه الا مدم التراضى
 والتقايل من الطرفين .

نعم ربما يعرض له البطلان بأسباب آخر من خارج ، مثــل عدم حصول شرط ، والبطلان لعدم الانتفاع ، مثل انقطاع الماء وتحوه مما تقدم في المزارعة .

الثانى ــ لاخلاف فى صحة المساقاة قبــل ظهور الثمـرة بالكلية ، لظهور تأثير الممل فى استحقاق الحســة ، مضافاً الى عمؤم الادلة البشار اليها آنفا ، وكذا لاخلاف فى عدم الصحة بعدم الظهور على وجه لايفيد العمل فيهازيادة .

وانما الخلاف فيهالوكان بعد الظهور ، وقد بقى عمل يحصل به الزيادة والنماء في الثمرة ، فقيل: بالصحة وهو اختيار المحقق بعد التردد في المسئلة واستجوده في المسالك ، وبه صرح العلامة في التذكرة ، قال (رحمهالله) في الكتاب المذكور: لاتصح المساقاة على ثمرة قد وجدت وبدأ صلاحها ، واستغنت عن السقى ، ولم يبق لعمل العامل فيها مستزاد اجماعاً ، لانها والحال هذه قد ملكها رب البستان ، ولم يحصل بالمساقاه زيادة الثمار ، والغرض بها تحصيل الثمان أو جودة أنياعها ، واذا لم يحصل الغرض ، خلا العقد من الفائدة ، فيكون باطلا ، وأما اذاكانت الثمار قدظهرت ولم يبد وصلاحها ، قان بقى للعامل مافيه مستزاد الثمرة كالتأبير والسقى واصلاح الثمرة جازت المساقاة ، تحصيلاً لتلك القائدة ، التمسى .

وأيد القول بالصحة في المسالك أيضاً ، قال ولان العقد حيث أبعد عن الغرر للوثوق بالثمرة فيكون أولى ممالوكانت معدومة انتهى واليه يميل كلام المحقق الاردبيلي أيضاً ، والظاهر أنه المشهور وقيل : بعدم الجواز نظراً الى أن الثمرة اذا ظهرت فقد حصل المقصود فصار بمنزلة القراض بعد ظهور الربح ، ولان المقصود من المساقاة ظهور الثمرة بعمله ، قال : في المسالك بعد نقل ذلك : وفيها منع

⁽١) الفقيه ج ٣ ص ١٢٧ ح ٥، الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٣ ح ١ .

ظاهر ، والمسئلة لاتخلومن نوع توقف ، لعدم النص وان كان القول الاول لا يخلو من قوة ورجحان ، والتوالعالم .

الثالث - المشهور بين الاصحاب أنه لا تبطل المساقاة بموت المساقي ولابموت العامل ، ولا بموتهما معاً .

وقال الشيخ في المبسوط: اذا مات أحدهما أو ماتا انفسخت المساقاة، كالاجارة عندنا، ومن خالف في الاجارة خالف هنا.

والظاهر هو القول المشهور ، لأن ذلك هومقتنى لزوم العقد حتى يقوم دليل على البطلان ، الا أن يكون المالك قد شرط على العامل العمل بنفسه ، فانها تبطل بموت العامل قبل ظهور الثمرة ، بلا اشكال .

و أما بعد ظهورها فاشكال ينشأ من حصول ملكه ، لما ظهر منها بالعمل السابق ، فلايسزول بموته ، ومن أن الظاهر من اطلاق المساقاة هو أن الملك مشروط باكمال العمل ولم يحصل ، فيكون الملك قبل ذلك بمنزلة المتزلزل ، وأطلق جمع من الاصحاب البطلان أذاشرط عليه العمل بنفسه .

وفيه ما عرفت ، ولعله بناء منهم على ما أشرنا اليه من أن ملك الحصة انما يستقر باتمام العمل ، والانسب بما تقدم _ من جواز المساقاة بعد ظهور الثمرة مع بقاء عمل يحصل به الزيادة فيها كما هو ظاهر المشهور _ هوالاول من وجهى الاشكال هنا ، لاشتراكهما في التبعض ، وعدم الاكمال .

ثم انه ان كان الميت المالك استمر العامل على عمله ، وقاسم الوارث ، لما عرفت من عدم بطلانها بموت أحد منهما ، وان كان الميت هوالعامل ، رجمع الامر الى التفصيل المتقدم من أنه مع شرط العمل عليه بنفسه ، هل موته قبل ظهور الثمرة ، أوبعدها ، وقد عرفت الكلام في ذلك .

وانما بقى الكلام فيما لم يشترط عليه العمل بنفسه ، بل هوفى ذمته ، فانه يقوم وارثه مقامه في العمل ، الا أنه صرح في المسالك بأنه ليس للمالك منعه

فى هذه الحال ، ولا اجباره لوامتنع من العمل ، قال : لان الوارث لا يلزمه حق لزم المورث الاما أمكنه دفعه من ماله ، والعمل ليس بمال المورث ، فلايجب على الوارث ، كما لا يؤدى الحقوق من مال نفسه ، ثم ان خلف العامل تركة تخير الوارث بين العمل ، وبين الاستيجار عليه من التركة ، فان امتنع منهما استأجر الحاكم عليه من التركة ، فان لم يتفق ذلك تخير العالك بين الفسخ والانفاق من ماله ، بنية الرجوع كما سيأتى تحقيقه فيما لوهرب العامل ، انتهى .

المقام الثاني ـ فى المحل الذى يرد عليه عقد المساقاة وهو كل أسل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه ، والمراد بالاسل الثابت كالنخل ، والشجر الذى له ساق ، فلاتصح المساقاة على نحو البطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر والبقول قال فى التذكرة : لا يشت المساقاة عليها اجماعاً ، لان أصول هذه لا بقاء لها غالباً واضمحلا لها معلوم عادة ، ولا عبرة بالنادر اذا ثبت فى بعضها .

بقى الكلام هنا فى موضعين: أحدهما ـ مالاثمرة له، انماله ورق ينتفع به، أوورد، أونحوذلك كالحناء وشجر الورد والتوت ونحوها وقد تردد المحقق فى صحة المساقاة على ذلك، ولم يرجح شيئا ووجه الشارح فى المسالك التردد المذكور بأن منشاؤه من أن هذه المعاملة باشتمالها على ضرب من الغرر، بجهالة العوض على خلاف الاصل، فيقتصر بها على محل الوفاق، وهوشجر الثمر، ومن أن الورق المقصود كالثمرة فى المعنى فيكون مقصود المساقاة حاصلا به، قال: وفى بعض الاخبار ما يقتضى دخوله، ثم قال: والقول بالجواز لا يتخلو من قوة، ومثله ما يقصد زهره كالورد، انتهى، والعلامة فى القواعد بعد أن استشكل فى الحكم المذكور مال الى الجواز.

أقول: ماذكره في المسالك من أن في بعض الاخبار مايقتضي دخوله لم أقف عليه ، فان ثبت ذلك فلامعدل عنه ، والا فالحكم مشكل ، وترجيح العدم كما قد منا ذكره في صدر البحث أقرب ، ولم أقف في الاخبار على مايتضمن

جواذ هذا العقد، الاعلى الخبرين المتقد مين، ونحوهما أخبار خيبر، ومورد الجميم الشجر والنخل.

وبمثل ما ذكرنا صرح المحقق الاردبيلي أيضا ، فقال بعد أن نقل عن المسالك ذلك : مارأيت شيئًا خاصاً الاما يدل على عموم الفواكه في الجملة ، ولعله يريد العمومات كما أشرنا اليه ، لكنها موجودة في الكتباب أيضا ، انتهى .

ثم انه لا يخفى أن التوت المذكور معالحنا على كلامهم وأنه محل الاشكال والتردد ، مراد به الذكر منه ، وهـو الذى لايقصد ثمرته ، أما الانثى المقصود منه الثمرة فانه لا اشكال ولا خلاف فى جواز المساقاة عليه .

قال في التذكرة: أما التوت الانثى فانه يجوز المساقاة عليه عندنا ، لانه مثمر ، وأما التوت الذكر وما أشبهه مما يقصد ورقه كالحناء وشبهه فنى جواز المساقاة عليه خلاف ، والاقرب جوازها ، لان الورق في معنى الثمرة ، ولكونه مما يتكرر في كل عام ، ويمكن أخنه ، والمساقاة عليه بجزء منه ، فيثبتله مثل حكم غيره ، وكذا شجر الخلاف لاغسانها التي تقصد كل سنة أو سنتين ، والاقرب الجواز في التوت بنوعيه ، وكلما يقصد ورقه أو ورده كالنيلوفر والياسمين والاس واشباه ذلك ، وكذا في فحول النخل ، لان لها طلع يصلح كشاً للتلقيسح ، فأشبهه الثمرة .

قال المحقق الاردبيلي بعد نقل ذلك عنه: ولا يبعد قرب ماقربه ، لعموم د أوفوا » (١) و « المسلمون عند شروطهم » (٢) و « لان الناس مسلطون على أموالهم » (٣) فلهم ما يفعلون الا ما منع ، ثم أطال بنحو ذلك من التقريبات الى أن قال: ولولا نقسل الاجماع المذكور ـ في شرح الشرايع في عدمها في غير

⁽١) سورة المأئدة ــ الآية ١ .

⁽۲) الکافی ج م ص ۱۹۹ ح ۱، الفقیسة ج ۳ ص ۱۲۷ ح م، الوسائل ج ۱۲ ص ۱۵۳ ح ۱

⁽٣) البحازج ٢ ص ٢٧٢ ح٧.

المغروس ونحوه ــ لكان القول بالجواذ فيه متجهاً لما تقدم ، انتهي .

وبالجملة فالمسئلة لما عرفت غير خالية من شوب الاشكال، قال في المسالك: والتوت بالتائين المثناتين من فوق وفي لغمة نادرة بالثاء المثلثة أخيراً وردها الجموهسرى.

أُقــول : قال في القاموس في باب الشاء المثلثة التــوث الفرصاد لهــة في المثنات ، حكاه ابن فارس .

الثانى: أنهم قالوا لوساقاه على ودى أوشجر غير ثابت لـم يصح ، اقتصاداً على موضع الوفاق ، أما لوساقاه على ودى مغروس الى مدة يحمل مثله فيها غالبا صح ولولم يحمل فيها ، وان قصرت المدة المشترطة عن ذلك غالباً أو كان الاحتمال على السواء لم يصح .

أقول: الودى بفتح الواو وكسر الدال المهملة وتشديد الياء كغنى: فسيل النخل، قبل أن يغرس، كذا ذكره في المسالك، والذي في القاموس وكذا في المصباح المنير للفيومي أنه صغار الفسيل، وقال في كتاب مجمع البحرين: و الودى بالياء المشددة: هو صغار النخل قبل أن يحمل، الواحدة ودية، ومنه لوساقاه على ودى غير مغروس ففاسد، انتهى.

والفسيل على ما ذكسره في كتاب المصباح هو ماينبت مع النخل و يقطع منها ، قال : الفسيل صفاد النخل ، وهى السودى والجمع فسلان ، مثل رغيف ورغفان ، الواحدة فسيلة ، وهى التى تقطع من الام أو تقلع من الارض ، فتغرس، وهو ظاهر فى أن اطلاق الفسيلة عليها انما هو بعد القلع أو القطع ، و به يظهر أن اطلاقه فى المجمع تفسير الودى بصغاد النخل قبل أن يحمل لا يتخلو من تسامح.

ثم ان ما أشار اليه من الحديث الدال على فساد المساقاة على الودى لم نقف عليه في أخبارنا ، ولا نقله غيره في ما أعلم من الاصحاب ، اذا عـرفت هذا فاعلم أنه لوساقاه على ودى أوشجرغير ثابث لم يصح بلاخلاف نصاً وفتوى . أمالوكان مغروساً ثابتاً فائه قد اشتمل على شرط الصحة منجهة المحل ، ولكن بقى الاشكال و تطرق الاختلال من جهة المدة التي توجدفيها الثمرة ، فان ساقاه الى مدة معينة لايشمر ، مثل هذا الودى فيها علماً أوظناً متأخماله بالنظر الى العرف والعادة ، أويكون الاحتمالان متساويين في وجود الثمر تلك المدة وعدمه ، فانها تكون باطلة لجهالة المدة ، وعدم الجزم بحصول الثمرة .

ولو فرض تخلف الظن بأن حسلت الثمرة في المدة ، فلا يبعد صحة العقد لحسو لالاحتمال وقت العقد ، مع مطابقته الواقع فيأ خذالعامل العصة وحينتُذ ينبغي تقييد ما ذكروه بعدم الحسول فانه كما عرفت لوحسلت لا يبعد الحكم بالصحة ، وعلى تقدير البطلان فانكان العامل عالماً بذلك فليس لـ ه أجرة المثل ، لانه متبرع كمن ذارع على أن لا يكون له شيء أو استأجر على أن لا يكون له أجرة .

وان كان جاهلا فله أجرة المثل، خصوصاً مع على صاحب الارش، فان ذلك مقتضى قاعدتهم المسرح بها في كلامهم من أنه متى بطل العقد فللعامل أجرة المثل، لان الحاصل لصاحب الارش خاصة لبطلان العقد، فلابد للعامل في مقابلة عمله من عوض، وهوالمراد بأجرة المثل وان ساقاه الى مدة يحمل مثله غالباً صبح وان لم يحصل الحمل على خلاف العادة . لان مناط الصحة تجويد ظهور الثمرة، وظنه بحسب العادة فاذا حصل المقتضى صح، وان تخلف الفرض منها كما لوساقاه على شجر كثير فاتفق أنه لم يحمل تلك المدة، وظاهر هم أنه ليس له أجرة المثل هنا على جميع العمل، لقدومه على ذلك، وأنه يجب عليه اتمام العمل وان علم الانقطاع قبله، فان عدم الثمرة غير قادح في صحة المساقاة اذاكان حصولها مظنوناً عادة وقت العقد، اذ هو المناط في الصحة كما عرفت اذاكان حصولها مظنو تأ عادة وقت العقد، اذ هو المناط في الصحة كما عرفت ونظيره مالوتلفت الثمرة كلها أو أكلها الجراد أوغسها غاصب، فانه في جميع ذلك يجب على العامل اتمام العمل؛ ولا أجرة له وان تضرر كما يبعب على عامل ذلك يبعب على العامل وان ظهر الخسران، بلهنا أقوى، للزوم العقد ووجوب العمل.

واستشكل الحكم المذكور في التذكرة ، و احتمل انفساخ العقد لوتلف الثماد بأسرها ، وأيده المحقق الاردبيلي بعد نقل ملخص كلامه المذكور .

و فيه اشكال كما نقل عن التذكرة ، والظاهر العدم ، فان الظاهر أنه كالمعاوضة ، فمع عدم العوض لاينبغى التكليف ، فانه مثل تلف المبيع قبل القبض ولوسلم في القراض ماذكر لدليل ، فلايقاس والا يجيء المنع فيه أيضاً مع المكان الغرق فتأمل ، انتهى .

وبالجملة فالمسئلة لعدم الدليل الواضح فيها لايخلو من شـوب الاشكال ، كما في أمثالها من هذا المجال ، والله العالم .

المقام الثالث في المدة - المشهور بين الاصحاب اشتراط مدة معينة وأجل مضبوط في عقد المساقاة بما لا يحتمل الزيادة والنقصان ، كقدم الحاج وادراك الفلة وان كانت الغلة المعامل عليها وقوفاً فيما خالف الاصل ، واحتمل الفر و والجهالة على موضع اليقين ، وقال ابن الجنيد : ولا بأس بمساقاة النخل وماشا كله سنة و أكثر من ذلك اذا حصرت المدة أو لم تحصر كذا نقل عنه في المختلف .

ونقل عنه فى المسالك أنه اكتفى بتقديرها بالثمرة المساقى عليها نظراً الى أنه بالنسبة الى ثبوته عادة ، كالمفهوم ، ولان المقسود منها هو العمل الى كما لها ولان المقد مبنى على الغرد والجهالة ، فلايقدحان فيه ، ثـم قال : والاجود الاول وان كان كلامه لا يخلو من وجه .

أقول: لا ينخفى أن العبارة المنقولة عنه أعم ممانقله عنه في المسالك ، الا أن يحمل اطلاق عبارته علىذلك .

ومن ثم أنه احتج له في المختلف بعد نقل عبارته المذكورة فقال: احتج بأن ضبط الثمار يكفي عن الاجل، اذاقصد ذلك .

ومارواه يعقوب بن شعيب (١) في الصحيح عن الصادق (عليه السلام) « قال :

⁽۱) الكافي ج ه ص ۲۹۸ ح ۲ ، التهذيب ج ۲ ص ۱۹۸ ح ۲۲ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۰۲ ح ۲ ۰

سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه فيها الرمان والنخل والفاكهة ، فيقول : اسق هذا من الماء واعمره ولك تصف ما خرج قال : لابأس ، .

ثـم أجاب عن ذلك قال : والجواب المنع ، وعن الحديث أن تغـى البأس لا يستلزم اللزوم ، انتهى .

وقال فى المسالك: واعلم أن الاتفاق على اشتراط تقديرها فى الجملة كما قررناه، وأما تركها رأساً فيبطل العقد قولا واحداً، ولان عقد المساقاة لازم كما تقدم، ولامعنى لوجوب الوفاء به دائماً، ولا الىمدة غير معلومة، ولابسنة واحدة، لاستحالة الترجيح بلا مرجح.

أقول: ان ثبت كون عقد المساقاة من العقود اللازمة كما ادعوه، فماذ كره جيد لاحيودعنه الا أنى لاأعرف لهم دليلا على هذه الدعوى زيادة على ما يظهر من اتفاقهم على ذلك .

وربماكان الظاهر من عبارة ابن الجنيد المنقولة عن المختلف انماهو الجواذ كما قال به جملة من العامة ، ثم أنه مع تسليم ذلك فانه لا ينخفى أن المقسود من المساقاة هو أخذ العامل المحسة من الحاصل ، بعد القيام بالعمل .

وحينتذ فلو اتفقا على المساقاة على ثمرة عام واحد فالظاهر أنه لا يحتاج في التحديد الى أزيد من التحديد بالثمرة المساقى عليها كما تقدم نقله عن ابن الجنيد ، وعليه يحمل صحيحة يعقوب بن شعيب المذكودة ، فكأنه قيل : فيها اسق هذا النخل والرمان والفاكهة الى أن تأخذ حصتك من الثمرة وهو النعف .

فانك قدعرفت مما أسلفناه أن مااشتملت عليه من هذا اللفظ هوسورة عقد المساقاة ، اذليس في الخبر مايدل على ذيادة على ذلك ، وهو بحسب ظاهره غير مشتمل على المدة التي أوجبوها في العقد ، فاللازم أما كونه جائزاً كما قدمنا ذكره ، فلايتافيه الاخلال بالمدة ، لجواذ الفسخ متى شاء أحد هما ، أو انه لازم كما صرحوابه ، فلابدمن اعتبار ما ذكرناه ، وتقدير ما قدرناه ليتم ماذكروه .

وأما قول العلامة في المختلف في الجواب عن الرواية بعد استدلاله بها لابن الجنيد أن نفي البأس لا يستلزم اللزوم فليس بموجه ، لانه ان سلم كون هذاعقداً كما هوظاهر الرواية ، فلابد له من الحكم بلزومه ، ونفي البأس انما اديد به ذلك : بمعنى أنه عقد صحيح ، وان منع كونه عقداً فلامعنى لنفي البأس عنه ، حيث أنه لغو من القول ، لامعنى له ولا ثمرة يترتب عليه .

ثم انه لولم يقع التحديد على الوجه المشهود ولا الوجه المنقول في المسالك عن ابن الجنيد فظاهر كلامه الاتفاق على بطلان العقد ، الأأن ظاهر عبادة ابن الجنيد المتقدم نقلها عن المختلف هو السحة في السورة المذكورة ، والظاهر بعده ، الا أن يحمل كلامه على حكمه بجواذ عقد المساقاة دون لزومه ، كما تقدمت الاشارة اليه .

ولواتفقا على المساقاة على أزيد من ذلك المام فانه لاخـلاف ولااشكال في وجوب تمين المدة بسنتين أو ثلاث أو أزيد أو أقل على حسب ما يتفقان عليه ووجهه ما تقدم في عبادته في المسالك ، والله العالم .

المقام الرابع في العمل - اعلم أن الظاهر من كلامهم في هذا المقام أن بعض الاعمال مع الطلاق يختص بالعامل وبعضها يختص بالمالك، وجعلوا لكل منهما قاعدة فالذى يختص بالعامل هـو كل عمل يتكرد كل سنة مما يعصل به نفس الثمرة وجودتها وزيادتها، ومنها اسلاح الارض بالحرث والحفر حيث يحتاج اليه وما يتوقف عليه من الالات وتنقية الاجاجين، جمع الاجاجه بالكسرو التشديد والمراد بها هنا الحفر التي يقف فيها الماء في أصول الشجر التي تحتاج الى السقى.

وكذاتنقية الانهاد، واز الة الحشيش المعنى وتهذيب جرائد النخل بقطع ما يحتاج الى قطعه منه كالاجزاء النابئة من كرم العنب والاغسان اليابسة المعنرة من الاشجاد، بل ولوكانت رطبة مع حصول المنرد بها، كمافى شجر الكرم مما يسجرى به العادة.

ومنها السقى ومقدماته المتكررة ، كالدلو والرشا واسلاح طريق الساء ، وتنقيتها من الحمأة وتحوها ، واستقاء الماء وأداة الدولاب اذا كان السقى من بسُّر وتحوه وتلقيح الانثى من الذكر ، على الوجه المعتاد والمعتبر ، وتعديل الثمرة أى اصلاحها باذالة مايسرها من الاغسان والورق ، ليصل اليها الهواء أو الشمس أو لتسر قطعها عندارادة ذلك ، ووضع الحشيش ونحوه فوق المنافيد صوناً لها عن الشمس المضرة بها ، ورفعها من الارض حيث تضربها وتحو ذلك ومنها اللقاط بفتح اللام وكسرها وهولقاط الثمرة أى أخذها فىأوانها عن محلها بحسب العادة وحسب نوعها ووقتها فما يؤخذ عنبا ، أو رطباً ففي وقتهما ، ومايؤخذ للـزبيب سجب قطعه عند حلاوته في الوقت السالح له ، وما يعمل دبساً فكذلك في الوقت السالح، ويحتمل أن يراد باللقاط ادادة ماسقط من الشجر على الارش، بمعنى التقاطه، الأأن الاشهر في كلامهم هوالاول، ومنها أيضا اصلاح موضع التشميس وهوالموضع الذى يجعل فيه الثمس للشمس لأجل يبسها أن كانت العادة فيها ذلك ، كما في يعض البلدان خصوصاً البحرين ، ونقل الثمرة الى ذلك الموضع ، وحفظها الى وقت القسمة ، وهل نقلها الى منزل المالك أن لم يتول المالك ذلك على العامل ؟ يحتمل ، _ لانه من تمام العمل ، ولعموم د على اليد ما أخذت حتى تؤدى ، (١) _ وعدمه ، لانه ليس من أعمال الثمرة ، و الاظهر الرجوع في ذلك الى عرف البلد وعادة أهلها في ذلك .

قالوا: والنابط أنه يبجب العمل الى وقت القسمة ، هذا كله مع الاطلاق ، أما لوشرط بسنها على المالك فلااشكال فى لزومه اذالم يكن منافيا لمقتضى العقد ، عملا بما دل على وجوب الوفاء بالشروط .

قالوا: لوأخل العامل بشيء مما يبعب عليه فان كان وجوبه بطريق الشرط تخير المالك بين فسخ العقد والزامه، بمثل أجرة العمل، فان فسخ قبل عملشيء

⁽١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ ٠

فلاشى اله ، وان كان بعده فله الاجرة ، سواء كان قبل ظهور التمسرة أم بعده ، قضية للشرط ، وان كان وجوبه من حيث الاطلاق ، فألظاهر أنه يكون كذلك قبل ظهور الثمرة ، أما بعده ففيه نظر ، ولا يبعد الجواذ ، ولوحصل على الاصل نقص بسبب التقصير لزمه الادش ، والظاهر أن الثمرة كذلك ، انتهى هذا بالنسبة الى العامل .

وأما المالك فالضابط فى مايجب عليه عندهم هو مالايتكرر فى كل سنة ، و ان عرض لــه فى بعض الاحوال التكرر مما يتعلق نفعه بالاصول بالذات و ان حصل النفع منه للثمرة عرضاً فانـه على المالك دون العامل .

ومن ذلك حفر الابار والاتهار التي منها وبها تسقى الاصول ، وبناء المحائط، قال في المسالك : ولا فرق في بناء الحائط بين جميعه وبعضه ، وفي حكمه وضع الشوك و نحوه على رأسه ، قاله في التذكرة ، ويشكل لوكان مما يتكرركل سنة عادة طرداً لضابطين ، انتهى .

أقول: لا يتخفى أن بناء هذه الافراد المعدودة في كل من الموضعين وجعلها ضابطين انما هو على العرف والعادة ، والافانه ليس هنا تحديد شرعى في كل من الموضعين هو ذلك . الموضعين ، فينبغى أن يكون مناط الحكم في كل من الموضعين هو ذلك .

ومنها عمل ما يستقى به من دولاب وأدواته ونحو ذلك من آلات السقى مما لا يتكرد غالباً ، دون ما يتكرد غالباً كالدلو والرشاء ، فانه قد تقدم أن ذلك على العامل ، خلافاً لا بن ادريس (رحمه الله) حيث أوجب الجميع على العامل ، والمشهور وبه صرح الشيخ ان الكش على المالك ، والعامل انما عليه التلقيح ، واستندوا في ذلك الى أن الكش ليس بعمل ، وانما هو من الاعيان والعامل انما عليه العامل ، على العامل ، وأن الاصل البرائة من وجوبه على العامل .

ونقل عن ابن ادريس أنه على العامل ، واستحسنه في الشرايع ، ونقل عن ابن ادريس التعليل بأنه مما يتم به نماء الثمرة وصلاحها الواجبين على العامل . قال في المسالك : والاولى الرجوع الى العادة و مع عدم اطرادها في شيء الدين المسالك . والاولى الرجوع الى العادة و مع عدم اطرادها في شيء

فألاولي التعيين، انتهى .

قال في التذكرة: ان شراء الزبل وأجرة نقله على دب المال ، لانه ليس من العمل ، فجرى مجرى ما يلقم به ، وتفريع ذلك على الارض على العامل ، كالتلقيم ، انتهى .

وبالجملة فالظاهر أن الكش مثل الخيوط بالنسبة الى الخياط ، والمداد والقرطاس للكاتب في كون الجميع على المالك ، وانما على العامل العمل بذلك، الا أن تجرى العادة بخلاف ذلك لما أشرانا اليه آننا من بناء المنابطتين المتقدمتين على العرف والعادة .

بقى الكلام هنا فى مواضع: الاول _ قد تقدمت الاثارة الى أن جميع ما ذكر سابقاً مما يبجب على المالك والعامل انما هـو من حيث اقتضاء الاطلاق ذلك ، فلو وقع الشرط منهما على خلاف ذلك بأن شرط ما على المالك من تلك الاعمال على العامل ، فالمشهور السحة بعد أن يكون ذلك معلوماً بينهما على وجه لا يحتمل الضرر ، وكذا لوشرط بعضه بطريق أولى .

قال الشيخ في المبسوط: وعلى المالك ما فيه حفظ الاصل ، و هوسد المحيطان ، وانشاء الانهار ، فان شرط على العامل ذلك او بعضه قال قوم: تبطل المساقاة ، لانه شرط ليس من مصلحة العقد ، وينا في مقتضاه ، والذي يقوى في نفسى أنه لا يمنع من صحة هذا الشرط مانع ، انتهى .

و قال ابن الجنيد: ليس لساحب الارض أن يشترط على المساقى احداث أسل جديد من حفر بئر وغرس يأتى به لايكون للمساقى فى ثمرته حق ، ولو جعل له على ذلك عوضاً فىقسطه ، لان ذلك بيع للثمرة قبل خروجها فان جمله بعد ما يحل بيع الشرة جاذ .

قال في المختلف بعد نقل القولين المذكورين : والوجه ماقواه الشيخ ، لقوله (عليهالسلام) (١) « المؤمنون عند شروطهم » سواء جسلله ذيادة قسط أملا وليس ذلك بيماً ، انتهى وهو جيد .

⁽١) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ١٠

ولو شرط ما يبجب على العامل على المالك ، فان كان المشروط جميسع العمل ، فالظاهر أنه لاخلاف في بطلان المساقاة ، لان الحصة انما يستحقها العامل في مقابلة العمل فاذا لم يعمل شيئاً لم يستحق شيئاً ، وأيضاً فانها تصير كالبيع بغير ثمن ، والاجارة بغير مال في مقابلتها ، وبالجملة فانها من عقود المعاوضات يترتب صحتها على وصول العوض لكل من الطرفن .

نعم لوكان المشروط بعض العمل وأبقى لنفسه منه شيئاً ، وكان مما يحصل به الزياة فى الشمرة ، فانه لامانع منه ، ولعموم ادلة لزوم الشرط ، وتكون الحسة حينتُد فى مقابلة ذلك .

وظاهر الشيخ في المبسوط الخلاف هذا ، حيث قال : اذا ساقاه بالنصف على أن يعمل رب المال معه ، فالمساقات باطلة ، لان موضوع المساقاة أن من رب المال العمل ، كالقراض ، فاذا شرط على رب المال العمل بطل كالقراض .

ورده العلامة فى المختلف بأنه قد سوغ أن يشترط العامل على المالك أن يعمل معه غلامه ، وأن يكون على المالك بعض العمل ، وقواه لانه لامانع منه، وهذا نفس ذاك ، انتهى و هوجيد .

و نقل أيضاً أنه قال في المبسوط: اذا ساقاه على أن أجرة الاجراء الذين يعملون ويستعان بهم من الثمرة ، فالعقد فاسد ، لان المساقاة موضوعة على أن من رب المال المال ، و من العامل العمل ، فاذا شرط أن يكون أجرة الاجراء من الثمرة كان على رب المال المال ، والعمل معا ، و هذا لا يجوز ، ثم رده بأن الاقوى الجواز اذا بقى للعامل عمل لما بيناه ، انتهى .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر اطلاق كلام العلامة هو ترتب الصحة على بقاء شيء من العمل ـ اللازم للعامل ـ أعم من أن يكون مما يترتب عليه الزيادة في الثمرة أولابأن يكون كمجرد الحفظ لها ، والذي سرح به في المسالك هوما

قد مناه من أنه لابد من أن يكون مما يعصل به الزيادة في الثمرة ، ولايكفي ما فيه مجرد الحفظ ، قال : ولو بقى للعامل مالايعصل به مستزاد الثمرة كالحفظ لم تصح ، أيضاً ، لمنافاة وضع المساقاة ، كما لوساقاه و قد بقى من العمل ذلك . عم لوجعلا ذلك بلفظ الاجارة مع ضبط المدة صح ، انتهى .

وظاهر أبن فهد في المهذب الاكتفاء بمجرد العمل ، كالحفظ والتشميس والكيس في الظروف ونحو ذلك ، وظاهره جواز المساقاة بمجرد بقاء هذه الاعمال ، والاظهر الاول ، فانه هو المستفاد من الادلة ، وغيره لا دليل عليه والهد العالم .

الثانى : قالـوا : لوشرط العامل أن يعمل غلام المالك معه جاز ، أما لو شرط أن يعمل الغلام لخاص مال العامل ففيه تردد ، والاشبه الجواز .

أقول: هنا مقامان: أحدهما _ أن يشترط العامل على المالك عمل غلامه معه في مال المساقات، وظاهر الاصحاب هو الجواذ من غير ظهور مخالف، و عمله و انما المخالف فيه بعض العامة، مستنداً الى أن يد العبد كيد مالكه، و عمله كممله، فكما لا يصح اشتراط عمل المالك فكذلك غلامه المملوك له، ولانه مخالف لوضع المساقاة، وهو أن يكون من المالك المال، ومن العامل العمل.

وأجيب عن ذلك أولا بأن عمل غلام المالك مال له ، فهوضم مال الىمال، كما أنه يجوذ في القراض أن يدفع الى العامل بهيمة يحمل عليها ، والفرق بين الغلام و سيده ظاهر ، فان عمل العبد يجوز أن يكون تابعاً لعمل العامل ، ولا يجوز أن يكون عمل المالك تابعاً له ، لانه هو الاسل و يجوز في التابع مالا يجوز في المنفرد .

و ثانياً منع حكم الاصل لما عرفت آنفاً من جواز أن يشترط العامل على المالك أكثر العمل ، فاذا جاز ذلك بالنسبة الى المالك فمملوكه أولى بالجواز . و ثانيهما ـ أن يكون الشرط في عمل الغلام العمل في ملك العامل خاصة،

بأن يكون الارض للعامل بخصوصه لافي مال المساقاة ، كما هو المفروض أولا، وظاهر المحقق والعلامة وقوع الخلاف هنا من أصحا بنا ، لتردد المحقق في الشرايع في ذلك ، وان رجع الجواز ، وكذا العلامة ، الا أن شيخنا الشهيد الثاني في المسالك نبه هنا على أن الخلاف في هذا المقام انما هو من الشافعي، وظاهره أنه لاخلاف بين أصحابنا في الجواز ، حيث قال : والمعروف أن المانع من ذلك الشافعي ، لكن المصنف (رحمه الله) والعلامة ذكر ا المسئلة على وجه يشعر بالخلاف عندنا ، وقد تكرر هذا منهما في مواضع كثيرة .

أقول: وفيه تأييد لما قدمناه من أن أسل هـنه التغريعات كلها أو جلها اتعا هي من العامة ، حبث أنه ليس لقدماء أصحابنا أثر في ذلك ، ثم ان الشيخ تبعهم في ذلك ، واقتفى أثره من تأخر عنه ، ووجه الجواز عند أصحابنا أنه وجه سائغ لامانع من اشتراطه ، ولانه اذا جاز أن يعمل في المشترك بينه وبين مولاه كما في الفرض الاول ، فلان يجوز في المختص بطريق أولى .

ووجه المنع أنه شرط عملا في مقابلة عمله ، فصار في قوة اشتراط جميع العمل على المالك ، وأجابوا عنه بأن فساده ظاهر .

أقول: ويمكن أن يقال: بناء على تعليلاتهم في أمثال هذا المجال بأنه لا يصح ذلك لو فرض أن عمل الفلام أكثر أو مساو لعمل العامل في مال المساقاة لانه يلزم كون الحصة التي يأخذها العامل بغير عوض لان عمل العامل قد وقع في مقابلة عمل الفلام في أرضه ، فلم يبق له عمل يستحق به الحصة ، و يصير عقد المساقاة بلا عوض من جانب العامل ، فيلزم بطلانه ، وربما أمكن الجدواب بأنه لا مانع من جعل عمل الفلام وان كثر في مقابلة بعض عمل العامل وان قبل ، وتصير الحصة في مقابلة البعض البافي ، ويؤيده الادلة العامة من وجوب الايفاء بالعقود والشروط .

وكيف كان فالركون في أمثال هذه الفروع الى هـذه التعليلات لاينخفي ما فيه كما أسلفنا التنبيه عليه في غير مقام مما تقدم ، والله العالم . الثالث المشهور بينهم أنه لو شرط العامل على المالك أجرة الاجراء بأن يستأجر للعمل أجراء لاعانته ، ويدفع الاجرة من الثمرة على وجه يبقى له من العمل ما يعصل به الزيادة في الثمرة ، كما تقدم فلابأس ، وقد تقدم في الموضع الاول نقل خلاف الشيخ في هذه المسئلة ، وقد عرفت ضعفه .

ولو شرط العامل على المالك بأن يستأجر على جميع العمل بحيث لايبقى له الا استعمال الاجراء والقيام عليهم ، والسمسرة ، قال في المسالك : في صحة هذا الشرط وجهان : أحدهما الجواذ ، لان ذلك عمل تدعو الحاجة اليه ، فان المالك قد لا يهتدى الى الدهقنة واستعمال الاجراء ، ولا يجد من يباشر الاعمال ويأتمنه فتدعوه الحاجة أن يساقى من العرق ذلك لينوب عنه في الاستعمال .

وثانيهما المنع للشك في أن مثل ذلك يسمى عملا من أعمال المساقاة الذى هو شرط في صحتها ، فان المتبادر من أعمالها خلاف ذلك ، والعقود انما تكون بتوقيف الشارع ، خصوصاً في هذا العقد الذى همو على خلاف الاسل ، انتهى .

أقول: لا ينحفى ضعف الوجمه الاول من الوجهين المذكروين ، فالعمل على الثانسي .والله العالم .

المقام الخامس في الفائدة _ والكلام في حذا المقام يقع في موارد:

الاول ـ الظاهر أنه لاخلاف في أنه يشترط أن يكون للعامل جزء مشاع من المحاصل ليكون مساقاة كما مر في تعريفها ، فهنا شيئان : أحدهما ـ الحصة ، والثاني ـ كونها شايعة في مجموع الحاصل ، فلو لم تكن شايعة بل كانت معينة كان ذلك اجارة ، وان وقع العقد بلفظ المساقاة لمسحة ارتكاب التجوز في هذا الاطلاق ولو لم تكن حصة بالكلية كان العقد باطلا وكذا يبطل لو شرط أحدهما الانفراد بالفائدة وفساد هذا الشرط متفرع على اشتراط التشريك ، بمعنى أنه لماكان من شرط المساقاة أن تكون الفائدة شابعة في الحاصل فلوشرطها أحدهما

وانفرد بها وميزها عن الحاصل في نخيل مفردة أو أشجار معينة ، خرج ذلك عن وضع المساقاة ، وما بنيت عليه ، فيبطل العقد حيننذ ، لكن يختلف الحكم في ذلك بين العامل والمالك ، فانه انكان شرط الفائدة على الوجه المذكور وقع للعامل بطل العقد كما عرفت ، و متى بطل لزم أن يكون الثمرة كلها للمالك ، وللعامل أجرة المثل حيننذ ، كما يأتى بيانه - ان شاء الله - من أن كل موضع حكم بالبطلان فللعامل أجرة المثل ، والوجه فيه أن العامل انعا دخل في العمل للحصة المعينة له ، وحيث لم تسلم له هنا لظهور بطلان العقد ، وجب الرجوع الى أجرة المثل .

وان كان الشرط المذكور للمالك فالاقوى عندهمأنه لا أجرة له لدخوله في العمل على وجه التبرع، والمتبرع لاأجرة له ولاحصة ، كما تقدم نظيره في القراض.

ودبما احتمل ضعيفاً استحقاق الاجرة لان المساقاة يقتضى العوض فى الجملة، قلايسقط بالرضا بدونه ، وكذا يبطل لوشرط لنفسه شيئاً معيناً ، ومازاد بينهما، وكذا لوقدر لنفسه أرطالا أو ثمرة ، نخلات معينة .

أقول: وهذا كله ممايتفرع على اشتراط الشيوع فى الحصة ، والاشتراك المتفق عليه نصاً و فتوى فى عقد المساقاة ، فان جميع هذه الصور خارجة عن ذلك ، ويدو كد البطلان زيادة على ما عرفت أنه اذا اتفق عدم حصول شىء من الحاصل الاذلك المقدار المعين فلايكون للاخر شىء بالكلية .

الثانى ــ قالوا: يبجوز أن يفردكل نوع بحصة مخالفة للحصة من النـوع الاخراذاكان العامل عالما بمقدار كل نوع ، لان الفرض ثبوت حصة معلومة كيف كان ولولم يعلم مقدار أحد الانواع لم يصح ، لجهالة الحصة ، فان المشروط فيه أقل الجزئين ، قد يكون أكثر الجزئين ، فيحصل الغرر ، وكذا صرح به في المسالـك.

أقول : ظاهر المحقسق الا ردبيلي (رحمه الله) المناقشة في هذا المقام،

حيث قال بعد ذكر عبادة المصنف في هذا المقام: اذاكان في البستان الذي ساقاه عليه انواع مختلفة من الثمرة واشترط الثلث من أحدهما ، والنصف من الاخر مثلا صح المساقاه ، بشرط علم العامل بمقداد كل نوع من تلك الانواع ، ومفهوم الكلام يعدل على عدم المسحة لو لم يعلم وجهه للجهالة ، وكذا مفهومه المسحة لولم يكن الحصة مختلفة ، بل اذاساقاه على ذلك البستان بالنصف مثلا معمطلقا ، سواء علم مقداد الانواع أملا ، وهو مشكل فان الجهالة واقعة ، فلو كانت ما نعة من المسحة بناء لمنعت هنا أينا ، وكونه مفهوماً من الكلام غيرواضح ، فلا يبعد عدم المسحة بناء على اعتبار العلم وعدم البجهالة ، فتأمل ، انتهى وهو جيد .

وكيفكان فالمسئلة لخلوها عن النص لايخلو الحكم فيها من الاشكال، كغيرها من الغروع التي أكثروا فيها المقال والاقوال، فان غاية مايستفاد من نصوص المساقاة هوالحصة من حاصل ما اشتمل عليه البستان، نوعاً واحدا كان أو أنواعاً عديدة، علم كل منها على تقدير التعدد أم لم يعملم.

وأما صحة المساقاة مم تعدد الحصة بتعدد الانواع سواء كانت الانواع معلومة أومجهولة فلا دليل عليه ، ورجوعه بنوع من الاعتبار في بعض الموارد الى الاول لا يكفى في الحكم بالسحة ، اذلعل ثمة مانعاً لم تهتداليه ، سيما معدم الدلسل عليه .

وملخص ذلك الرجوع في صحة العقود وبطلانها الى التوقيف ، والله العالم .

الثالث ـ قالوا: لو شرط مـع الحصة من النماه حصة من الاصل الثابت احتمال السحة ، لعموم الامر بالوفاء بالعقود ، و المؤمنون عند شروطهم(۱) ، وان ذلك يبجرى مجرى اشتراط شيء غيره من ذهب أو فضة ، وهو جائز ، وان ذكر وا البطلان نظراً الى أن مقتضى المساقاة جعل الحصة من الفائدة وأن الحصة من الاصول تدخل في ملكه بالشرط المذكود ، فلا يكون

⁽۱) الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰ ح ۶.

العمل المبذول في مقابلة الحصة واقعاً في ملك المالك ، ولاواجباً بالعقد ، اذلا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه .

والى هذا الوجه مال فى المسالك فقال: والقسول بالمنع أوجه، وتردد المحقق فى الشرائع بعد أن حكم بعدم الصحة، واستشكل فى القواعد مع جزمه بالمنع فى الارشاد.

أقول : والظاهر هو المنع لما ذكر ، وزيادة ما قدمناه في سابسق هذا المسورد.

الرابع - قالوا: يجوز أن يشترط رب الارض على العامل شيئًا من ذهب أوضة ، ويجب الوفاء به ، الا أن ذلك مكروه ، وعللوا الحكم الاول بعموم مادل على الوفاء بالعقود والشروط وأنه مع ذلك غيرمناف لمقتنى العقد ، لان الثمرة مشتركة بينهما ، وهذا شرط زايد ، وأما الحكم الثانى فلم أقف لهم فيه على مستند سوى ظهور اتفاقهم عليه .

قال في المسالك: وأما كراهته فهو المشهور بين الا صحاب لانعلم خلافافي ذلك، ثم نقل عن العامة أنهم أطبقوا على منع هذا الشرط، وأبطلوا به المساقاة، هذا مع سلامة الثمرة وعدم تلفها، فلو تلفت أجمع أو لم تخرج ذلك العام بالكلية، فان ظاهرهم الحكم بسقوط الشرط المذكور، اذلولا الحكم بسقوطه لكان اللازم أكل مال بالباطل، فإن العامل قدعمل ولم يحصل له عوض في مقابلة عمله، فكيف يحكم عليه بوجوب الوفاء بالشرط المذكور، فإنه ضرر منفي بالايسة والرواية (١)، وإيجاب استحقاقه بالشرط انما وقع بناء على سلامة المحاصل وأخذه الحصة، على أن ما حكموا به من الصحة في أصل المسئلة غير خال من الاشكال سيما في صورة زيادة ماشرط من الذهب أوالفضة على مقدار الحصة، أو المساواة لاستلزام ذلك لذهاب عمله بغير عوض، وهو خارج عن أفعال العقلاء ومعاملاتهم

⁽١) الوسائل ج ١٧ ص ٣٤١ ح ٣.

بل ربما أدى ذلك الىالحكم بعدمالرشد ، ولعله الى هذا نظرالعامة فحرموا ذلك ، وأبطلوا به العقد كما تقدم ذكره .

نعم لوكان هناك غرض صحيح يمكن ترتب هذا العمل عليه يتم ماذكر ، وبالجملة فان عندى فى أصلالحكم المذكور أعنى صحة هذا الشرط اشكالالعدم النعى الواضح عليه ، وان احتمل ذلك بناء على ماذكروه من العمومات ، الا أنه لخر وجه عما هوالمعلوم من طريقة ارباب العقول ومعاملاتهم المحتمل للسفاهة محل اشكال ، أمالوكان هذا الشرط من العامل على المالك مضافا الى الحصة المعينة ، قالظاهر أنه لااشكال فيه ، وبه صرح الاصحاب أيضا .

والظاهرأنه لا كراهة فيه أيضا ، وبطريق الاولى في ارتفاع الاشكال لوذهبت الثمرة أولم تخرج ، فانه بعد العمل والتعب وذهاب حسته المقررة له لاوجه لسقوط هذا الشرط في حقه ، بل الاولى والاظهر في المعقول والمنقول هو دفعه البه جبراً لما فاته من ذهاب حسته ، وعوضاً عن خدمته .

وربماقيل: بمساواته للاول وهوخيال ضعيف وتوهم سخيف لما عرفت من الفرق بين الحالين، والبون بين الصورتين، ثم انه بالنسبة الى الصورة الا ولى لوكان التالف البعيض خاصة، فالمختار عندهم عدم سقوط شيء من الشروط، لاصالة العدم، ولان المعتبر حصول عوض العمل، ولا اعتبار بكثرته وقلته، ومن ثم لا يسقط من شروط العمل شيء، بتلف بعض الثمرة أو أكثرها.

ونقل عن العلامة في التذكرة أنه قال: يكره أن يشترط أحد هما لنفسه شيئًا من ذهب أوضنة ، وان شرط ذلك وجب الوفاء به مسع السلامة ، وفيه على اطلاقه بحث يعلم مماقدمناه ، ثمم الظاهر أن ما ذكروه من الذهب والفضة انما خرج مخرج التمثيل في المقام كما لا يخفي على ذوى الافهام والله العالم .

الخامس - قال المحقق فى الشرايع: ولو ساقاه بالنصف ان سقى بالنواضح وبالثلث ان سقى بالسيح بطلت المساقاة ، لان الحصة لم تتعين وفيه تردد .

قال في المسالك: وجه البطلان واضح ، لان العمل مجهول ، والنصيب مجهول ، فهومثل بعتك بدينار مؤجلاً وبنصفه حالاً ، ويحتمل صحة ذلك لتعيين الحصة على التقديرين ، كما تصح الاجارة اذا قال: ان خطته رومياً فلك كذا ، وان خطته فارسياً فلك كذا ، ومن ذلك يظهر منشاء التردد ، والاقوى البطلان ، ومسئلة الاجارة ان ثبتت فهي خارجة بدليل خارج ، انتهى .

أقول: مافرضه المحقق (رحمه الله) هنا في المسئلة أظهر مما فرضه العلامة في الارشاد، حيث قال: « ولوشرط فيما سقت السماء النصف، وفيما سقى بالناضح الثلث، أوشرط مع الحصة جزء من الاصل بطل » انتهى .

فان وجه البطلان على هذا الفرض غير ظاهر ، الامن حيث الجهل بكل من النوعين ، كما تقدم في المورد الثاني ، فمع العلم بكل منهما في الجملة يصح.

وبالجملة فان هذا الغرض من أفراد تلك المسئلة فلايكون الحكم كليا، كما هوظاهر الاصحاب، وبه يظهرأن ما فرضه في الشرايع ونحوه فرض المسئلة في القواعد أيضا أظهر.

بقى الكلام فى التردد المذكور فى الفرس الاول ، فانه لا يبعد أن يقال بالصحة ، قوله _ ان العمل مجهول ، والنصيب مجهول _ قلنا : ان أريد البجهل من كل وجه فهو ممنوع ، لانه على كل من التقديرين معلوم ، والاختيار اليه فى قبول أى العملين أراد ، وان أريد فى الجملة أمكن أن يقال : انه غير مانع ، لان بناء هذه المعاملة انما وقع أيضا مع المجهولية فى الحصة كما صرحوا به ، فالجهل فى الجملة غير ضائر ، وقد تقدم نظيره فى مسئلة البيع بثمن مال معجلاً بأذيد منه مؤجلاً وان كان المشهور بينهم البطلان ثمة ، الا أن الرواية الصحيحة بأذيد منه مؤجلاً وان كان فيها اشكال من وجه آخر كما تقدم تحقيقه فى المسئلة المذكورة .

وبالجملة فالمسئلة لخلوها من النصالواضح غيرخالية من التردد ، والاشكال

وان كان الاقرب هو الصحة ، لما ذكر ناه ، ويؤيده أيضا ماذكره من صحة الاجارة في أمثال الخياطة ، والله العالم .

الفصل الثاني في الاحكام :

و فيه مسائل: الاولى - المشهور في كلامهم أن كل موضع يحكم بفساد المساقاة فيه فللعامل أجرة المثل، وللمالك جميع الثمرة، أما الثاني فلانها نماء ملكه، ولم يحصل مايوحب نقلها أو نقل شيء منها ، لظهور فساد العقد الموجب لا نتقال الحصة الى العامل، وأما الاول فلانه لم يتبرع بعمله، وانما دخل فيه بناء على الحصة المشترطة له، والحصة لم تسلم له لفساد العقد، فلابد لعمله من عوض وأجرة، فوجب الرجوع الى أجرة المثل، الا أنه ينبغى تقييده بأمرين، أحد هما - أن يكون جاهلا بالفساد، اذلوكان عالماً به ومع هذا أقدم على العمل كان متبرعاً بعمله، والمتبرع لاشيء له شرعاً، و ثانيهما أن لا يكون الفساد باشتراط المالك جميع الثمرة له، لانه مع فرض ذلك قد دخل على أن لاشيء له من الثمرة، وان كان جاهلا يكون ذلك مفسداً للعقد.

وبالجملة فانه على الفرضين المذكورين قد أقدم على العمل عالماً بأنه لا يستخق أجرة ولا حصة ، ثم ان ما ذكرناه من وجوب أجرة المثل في صورة الجهل بالقساد و عدم الفساد باشتراط المالك الثمرة لنفسه ، هو الظاهر من كلام جل الاصحاب كما أشرنا اليه آنفا .

وظاهر شيخنا الشهيد الثانى أن الواجب أقل الامرين من العصة المشترطة وأجرة المثل ، قال بعد الكلام فى المسئلة : ينبغى على ما قررناه أن يثبت للعامل أقل الامرين من العصة المشترطة ، وأجرة المثل ، لان الاقل ان كان هوالاجرة فظاهر ، لان فساد العقد أسقط العصة ، فيرجع الى الاجرة ، وان كان الاقلهو العصة فالعامل أقدم على أن لا يكون له سواها فى مقابلة عمله ، حتى لوكانت فى مقابلة عشر العمل ، لكان مسقطاً للزائد ، فيكون متبرعاً بالزائد على هذا التقدير،

كما يتبرع على تقدير اشتراط جميع الثمرة للمالك ، وعلى تقدير علمه بالفساد ,

ثم قال: ويمكن أن يجاب بالفرق بين الموضعين فانه على هذا التقدير لم يقدم على التبرع بعمله أسلا، بلكما يحتمل أن يكون الحصة قاصرة عن مقابلة العمل، يحتمل مساواتها له وزيادتها عليه أضعافاً مضاعفة، فهو قادم على عمل محتمل للزيادة والنقصان، فليس متبرعاً به مطلقا وان احتمل قصوره في بعض الاحوال، بخلاف العالم وشرط جميع الحصة للمالك، فانه قادم في ابتداء الامر على المحض على كل تقدير.

وهذا الفرق لابأس بـه ، وان كان ما اقتضاه البحث متوجهاً أيضاً ، وأكثر الاصحاب أطلقوا وجوب أجرة المثل مع الفساد ، وفيه تردد ، انتهى .

أقول: لقائل أن يقول في تأثيد القول المشهور وبيان أنه صحيح عار عن القصور: أن الحصة انما وجبت وتعينت بحيث لا يجوز الزيادة عليها ولاالنقصان من حيث اشتراطها في العقد، ولما بطل العقد بطل التعلق بها والرجوع اليها، وان كان المالك قد رضى بها في العقد على تقدير صحته، وصار الحكم مبنياً على قاعدة أخرى من كونه عملا موجباً للاجرة، وأن الداخل فيه انما دخل بذلك، ولكن لم تسلم له لظهور استحقاقها أو فسادها فلابد لعمله من أجرة، و رضى العامل بتلك الحصة على تقدير صحة العقد لامدخل له هنا، لان تلك المعاملة قد بطلت، ورجعنا الى مسئلة أخرى كما ذكرناه، وهذا حق أوجبه له الشارع، بناء على الهرض المذكور، ورضاه بأقل منه لوكان في تلك المال لا يوجب الحكم عليه به هنا، الا أن يتجدد منه رضاً آخر يذلك.

وقد تقدم نظير ذلك في المزادعة في مسئلة مالو اختلفا في المزادعــة أو العادية ، بأن ادعى المالك المزارعة وادعىالعامل العارية ، والله العالم .

الثانية ـ قالوا : اذا استأجر المالك أجيراً للعمل بجزء من الثمرة ، فان كان قبل ظهورها بطلت الاجارة من غير خلاف ، لما قررعند هـم من أن عـوض الاجارة يبجب أن يكون موجوداً معلوماً كعوض المبيع ، والحال أنه هنا ليس كذلك كما هوالمغروض ، وجواز ذلك في المساقاة ، حيث أنهم قد انفقوا على جواز العوض فيها مع الجهالة ، وعدم الوجود خرج بالنص والاجماع ، مؤيداً بمساس الحاجة الى ذلك ، وان كان بعد ظهورها ، فان كان بعد بدو صلاحها جاز بلا اشكال ولاخلاف ، وان كان قبل بدو الصلاح فانهم بنوا الحكم هنا فيها على جواز نقلها بالبيع في هنه الحال ، وقد تقدم الكلام في ذلك في الغمل الثامن في بيع الثمار من كتاب البيع (١) وذكر الخلاف في جواز البيع مطلقا أوعدم أمور ثلاثة ضم ضميمة اليها ، أوشرط القطع ، أوعامين فساعداً ، ومن ثم ان المحقق هنا اختار القول بالجواز بعد ظهورها ، و قبل بدو صلاحها ، بشرط القطع ، حيث ان مذهبه في البيع ذلك ، الا أن الواجب عليه كان أن يذكر الضميمة ، مضافة الى القطع ، والتخيير بينهما كما هو مذهبه ثمة .

ولهذا اعترضه في المسالك بذلك ثم اعتذر عنه بما هـو مذكور هناك، والعلامة في القواعد صرح بالجواز مطلقاً، فقال: ولو استأجره على العمل بحسة منها أوبجميعها بعد ظهورها، والعلم بقدر العمل جاز، والا فلا.

وأنت خبير بما فى الحكم المذكور من الاشكال لعدم الدليسل الواضح فى هذا المجال ، والحمل على البيع كما ذكروه محض قياس لايوافق أسول الشريعة ، سيمامع ما قدمنا من الاشكال ، فى اشتراط القطع فى مسئلة البيع .

بقى هذا اشكال آخر أيضاً فى هذه السورة على تقدير كون الاجرة جزء من الحاصل ، فانه متى قيل بصحة الاجارة هذا بشرط القطع ، والحال أن الشرة مشتركة بين العامل والمائك ، فان الشركة تمنع من التسلط على القطع ، فيتعذر التسليم لتوقف جواز القطع على اذن الشريك ، و من ثم قيل : فى هذه السورة بعدم السحة ، وقيل : بالسحة و هو اختيار المحقق فى الشراسع نظراً الى امكان

⁽۱) ج ۱۹ ص ۲۲۵ ٠

القطع والتسليم بالاذن ، كما في كل مشترك ولوفرض امتناع الشريك من الاذن يمكن اذن الحاكم الشرعي ، والى هذا القول مال الشارح أيضاً فحكم بأنه الاصح ، أمالوكان الاجرة مجموع الحاصل فانه لااشكال لاندفاع المحذور المذكور ، وكذا لو اكتفى بالضميمة عن اشتراط القطع كما أشرنا اليه ، فانه يندفع ذلك أيضاً ، الا أنك قد عرفت مافيه من الاشكال .

وكيف كان فانه يشترط تعيين العمل المستأجر عليه كما هو مفتضى قاعدة الاجارة، واليه يشير قوله في القواعد « والعلم بقدر العمل »، والله العالم .

الثالثة ـ قال الشيخ في المبسوط: اذا قال: ساقيتك على هذا الحائط بالنصف على أن أساقيك على هذا الاخر بالثلث بطلت، لانهما بيعان في بيعة، فانه ما رضى أن يعطيه من هذا النصف الا أن يرضى منه بالثلث من الاخر، وهكذا في البيع اذا قال: بعتك عبدى هذا بألف على أن تميعنى عبدك ببخمس مأة ، فالكل باطل، لان قوله: على أن تبيعنى عبدك بخمس مأة ، انما هو وعد من صاحب العبد بذلك ، وهو بالخيار بين الوفاء به وبين الترك ، فاذا لم يف به سقط، وهذا ما رضى أن يبيعه بألف الا أن يشترى منه العبد بخمس مأة ، فقد تقسه من الثمن لاجله ، فاذا بطل ذلك رددنا الى الثمن مانقصناه لاجله ، وذلك المردود مجهول ، والمجهول اذا أضيف الى معلوم كان الكل مجهولا ، فلهذا بطل ويفارق هذا اذا قال : ساقيتك على هذين الحائطين بالنصف من هذا ، والثلث من هذا ، حيث يصح ، لانه صفقة واحدة وعقد واحد ، وليس كذلك هيهنا ، لانهما صفقتان في صفقة ، ألا ترى أنه لو قال : بعتك دارى هذه وعبدى هذا معاً بألف ، الدار عبدك يمأة بطل الكل ، ولو قال : بعتك دارى هذه وعبدى هذا معاً بألف ، الدار بستمأة والعبد بأربعمأة صح ، وكان الفصل بينهما مامضى ، انتهى .

ورده جملة ممن تأخر عنه كالمحقق والعلامة وغيرهما ممن تأخر عنهما بما سيأتي ذكره . وابن الجنيد عكس الحكم الذى ذكره الشيخ فجوز مامنعه الشيخ ، ومنع ماجوزه ، حيث قال : ولا اختار ايقاع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرقة ، بسمنها أشق عملا من بعض ، الا أن يعقد ذلك على واحدة ، ويشترط في العقد على العقد الاخرى .

قال فى المختلف بعد عقل كلامى الشيخ وابن الجنيد: والوجه عندى جواز جميع هذه العقود فى البيع والمساقاة، وقد منى البيع وبيتنا صحته، والشيخ أيضاً جوذه فى موضع من المبسوط، وهو الحق ولاجهالة هنا.

وقال فى المسالك بعد ذكر ملخص كلام الشيخ وكلام ابن البعنيد: والاقوى محمة الجميع ، ونمنع الجهالة التى ادعاها الشيخ ، لعموم الامر بالوفاء بالعقود ، وما يتضمنه من الشرط كالجزء منه ، ووجوب الوفاء بالشرط ، ولو فرض عدم الوفاء لا يقتمنى ذلك رد الناقص من الثمن كما ادعاه ، بل يسلط المشروط له على الفسخ ، كما فى الاخلال بغيره من الشروط .

وأما ابن الجنيد (رحمه الله) فلم يذكر على ما ادعاه دليلا ، ومفتنى الاسل جواز الامرين ، معاً ، انتهى وهـو جيد .

وبالجملة فان مفتنى الاصول والقواعد الشرعية صحة العقد المذكور ، مع ما شرط فيه كغيره من العقود المشروطة بشروط سايغة فيصح العقد ويجب الوفاء بالشرط بمعنى أنه يلزم ذلك لوقوعه فى عقد لازم ، فلو لم يف بالشرط تسلط الاخر على الفسخ على أحدالقولين ، أو مع عدم امكان جبره على القيام بالعقد وما اشتمل عليه من الشرط كما هو القول الاول فيأثم على هذا القول بالاخلال بذلك كما تقدم تحقيقه فى كتاب البيع ، وأولى منه بالجواذ ما منعه ابن الجنيد والته العالم .

الوابعة - لوكانت الاصول لمالكين فساقيا واحداً إما بايقاع العقدمنهما معاً أومن أحد همااصالة ووكالة ، فلايتعلوإما أن يكون العصة المشترطة للعامل منهما سواء كالنصف أو الثلث كان يقول أحدهما : ساقيتك على هذه الاصول اصالة ووكالة بنصف حاصلها ولا اشكال في الصحة ، سواء علم العامل بقدر حصة كل منهما أم لم يعلم ، لان حصته معلومة من الجميع ، والجميع معلوم له أيضا ، فلا يضره الجهل بحصة كلمنهما أو تكون متفاوتة ، بان شرط له أحدهما النصف ، والاخر الثلث فقال: ساقيتك من نفسي وعن شريكي على هذه الاصول على أن لك من حصتي النصف ومن حصة شريكي الثلث ، فلابد في صحة العقد من علم العامل بعصة كل واحد ، لئلا يتجهل حصته لانه بمنزلة عقدين فلو ساقاه والحال هذه بطلت المساقاة ، ورجعت الثمرة الي المألكين ، وكان للعامل أجرة المثل كما تقدم ذكره .

قال في المسالك بعدالبحث في المقام : ولافرق على تقدير العلم بحق كل واحد بين الاثنين والزايد عليهما ، فلوكان بستاناً واحداً بين ثـــلائــة بالسوية فساقوا عليه واحداً يعلم بقدر النسيب على أن له من نسيب واحد النصف ، ومن نصيب الثاني الربيع ، ومن نصيب الثالث الثمين ، صح ، وتصح مسألتهم من أربعة وعشرين مخرج السهام في عدد الشركاء ، لكـل واحد منهم ثمانية ، فللعامل من حصة الاول أربع ، ومن الثاني اثنان ، ومن الثالث واحد ، والباقي لهم على التفاوت المقرر، ولوكانت البستان لستة ملاك بالسوية. وساقوا عليه على أن له من نسيب واحد النصف ، ومن نسيب الثاني الربع ، ومن الثالث الثمن ، ومن الرابع الثلثين ومن الخامس الثلث ، ومن السادس السدس ، صبوتمس مسألتهم من مائة وأربعة و أربمين لكل واحد منهم أربعة وعشرون فيأخذ العامل ممن شرطله النصف اثنتي عشر ، ومن الثاني ستة ، ومن الثالث ثلاثة ، ومن الرابع ستة عشر ، ومن الخامس ثما نية ، ومن السادس أربعة ، فيجتمع له تسعة وأربعون ، وللملاك خبس وسبعون يتفاوتون فيها على ما تقرر ، و طريسق بلوغها ذلك أن متمارج الثلاثــة الاولى متداخلة يكفي فيها مخرج الثمن ومخارج الثلاثية الاخبيرة متداخلة يكفي فيها مخرج السدس، فتبقى ستة وثمانون، وبينهما موافقة بالنصف تضرب نصف أحدهما في الآخر ثـم تَصْرِبُ المرتفع ، وهوأربعة وعشرون في عدد الشركاء ، وقس على هذا ما شئت من فروض المسئلة ذكرنا منها هذا القدر للتدرب، انتهى .

الخامسة ــ اذا هرب العامل بعدالعمل ، وقبل اتمامه قالوا : انه لا يصح للمالك الفسخ بمجرد ذلك ، لان المساقاة من العقود اللازمة لا تنفسخ بمجرد هرب العامل ولا يتسلط المالك على فسخها فيستصحب اللزوم حتى يثبت الفسخ كمالو امتنع عن العمل مع حنوره ، بل للمالك أن يطلبه ويبجبره على العمل فان أبى مع حضوره أو تعذر طلبه مع هربه فان حصل من يقوم بالعمل تبرعاً ولوكان المالك بنفسه ، والا رفع الامر الى الحاكم فيطلبه ويجبره ، فان تعذر أخذ من ماله واستأجر عنه ، لاتمام العمل ، لانه مستحق عليه ، فان لم يكن له مال يستأجر بالدين عليه الى وقت الحاصل أو يستأجر من بيت المال قرضاً عليه ، ولو تعذر جميع ذلك اما لعدم الحاكم ، أو لعدم من يعمل له أو لعدم بسط يده ، أو لعدم جميع ذلك اما لعدم الحاكم ، أو لعدم من يعمل له أو لعدم بسط يده ، أو لعدم امكان اثبات الحق عنده ، تخير المالك بين فسخ المساقاة دفعاً للضرر ، وبين ابقائها .

أقول: حيث كان الحكم المذكور غير منصوص لابالعموم ولا النصوص فللمناقشة فيما ذكروه مجال، وللقائل فيه مقال، فانه يمكن أن يتطرق اليه الاحتمال بأن يقال: لو كان العقد يقتضى كون العمل من العامل خاصة أو أنه لا يوجب العمل المشترط من غيره، فينبغى جواز الفسخ للمالك، للزوم الحرج والضرر لو لم يسجز له ذلك، وان وجد باذل متيرع أو حاكم يعين من يقوم بالعمل فهو ظاهر بل يمكن القول بجواز الفسخ له مع الاطلاق أيضا، خصوصاً مع عدم الباذل، وما ذكر وه من التكلفات بالرجوع الى الحاكم وما أوجبوه على الحاكم كله منفى بالاصل ويؤيده أن حقه ثابت فى ذمة العامل، فله أن لا يقبل من غيره، ولا يبجب عليه تحصيله من غيره وان أمكنه، ولان الحصة انما جعلت له بشرط العمل فاذا امتنع عنه سقط حقه كما قالوا فى البيع من أن لاحد المتبايعين الامتناع من حق الاخر على تقدير امتناع ذلك الاخر، وكذا الاحارة.

ويعضده أيضاً أن شرط العمسل هنا كيس بأقبل من الشروط المذكورة في

العقود، وهم قد صرحوا بأن فائدة الشرط على تقدير عدم الاثيان به ممن شرط عليه تسلط الاخر على الفسخ.

وبالجملة فان ماذكروه من الحكم الذى قدمنا نقله عنهم لا يخلو من شوب الاشكال لما عرفت ، ثم انهم قالوا في سورة تخير المالك بين الفسخ وابقاء العقد مع تعذر العمل ـ على الوجه المتقدم تفصيله في كلامهم ـ : انه ان فسخ المالك سارت الثمرة له ، وعليه أجرة المثل لذلك العمل الذى عمله العامل قبل هربه ، لانه عمل محترم صدر باذن المالك في مقابلة عوض ، وقدفات العوض بالفسخ ، فيجب قيمته وهو المراد من أجرة المثل .

لكن انما يفسخ اذا كان ذلك قبل ظهور الثمرة ، أوبعده اذا لم يمكن بيعها أوبعنها للانفاق على العمل ان لم يف به ، والا باعها أوبعنها ان أمكن الاجتزاء به ، والا فسخ لزوال الضرر ، ولولم يوجد راغب في البعض مع الاكتفاء به في العمل باع الجميع ، وحفظ الباقي للعامل ، وان لم يفسخ ــ واختار البقاء على العقد والحال على ما عرفت فقد اختلف كلامهم هنا ، ففيل : ان له أن يستأجر على بقية العمل ، ويشهد على ذلك ، ويرجع به على العامل ، ولولم يشهد لم يرجع سواء أمكنه الاشهاد أم لم يمكن ، لان الاشهاد شرط في جواذ الرجوع ، كاذن الحاكم فينتغي بدونه .

وظاهر المحقق الاددبيلى أنه يرجع أيضا في صورة تعذر الاشهاد دفعا للمسرد ، و للزوم العقد ، وحمل الاطلاق في كلام من قال بهذا القول على التقييد بالامكان ، والمحقق في الشرايع قد جزم هنا بأنه لولم يشهد لم يرجع ، و تردد في الرجوع مع الاشهاد ، فقال : ولولم يفسخ و تعذر الوصول الى الحاكم كان له أن يشهد انه استأجر عنه ، ويرجع عليه على تردد ، ولولم يشهد لم يرجع .

قال فى المسالك : فى توجيه التردد : من لزوم الضرر بدون ذلك ، و هو منفى بالاية والرواية ، ومن أصالة عدم التسلط على مالالغير ، وثبوت شىء فىذمته بغير أمرمأومن يقوم مقامه . أقول: يمكن الجواب بأن الضرر انما نشأ من اختياره عدم الفسخ ، و الا فانه يمكنه اسقاطه بالفسخ ، لتسلطه على ذلك .

وقيل: انه يرجع مع تعذر الاشهاد لامع امكانه ، كما في اذن الحاكم دفعاً للحرج والضرر، وهذا القول لاأعرف له وجها ظاهراً وقيل: انه يرجع مع الانفاق بنيّة الرجوع مطلقا أشهد له أم لم يشهد ، واليه مال في المسالك ، قال: وهو الاقوى اذلا مدخل لشهادة الشاهدين في التسلط على مال الغير واثبات شيء في ذمته ، ولا ولاية لهما على العامل، وانما فائدتهما التمكن من اثبات الحق، وهو أمر آخر والمقتضى لعدم الرجوع هونية التبرع أو عدم نية الرجوع، ولاصالة عدم الاشتراط ، فعلى هذا يثبت حقه في ذمته في ما بينة وبين الله تعالى، ويحتمل قويا قبول قوله بيمينه ، لان الاصل أن الانسان لا يتبرع بعمل يصل به غرامة عن الغير ، انتهى .

وهوجيد بالنسبة الى تعليلات باقى الاقدوال المذكورة هنا ، لكن قد عرفت مافى المسئلة من الاشكال لعدم الدليل الواضح القاطع لمادة القيل والقال ، مع ماقد منا ذكره من الاحتمال ، ثم انه على أى من هذه الاقوال متى تحقق الرجوع على العامل فانه ان أمكن الاخذ منه ، والا أخذ من الحصة التى له ، فان زادت على ذلك رد عليه ، وان نقصت كان الباقى ديناً عليه يتبع به ، والله العالم .

السادسة: قيل: اذا ادعى المالك أن العامل خان أوسرق أو أتلف أوفرط فتلف وأنكر فالقول قوله مع يمينه ، و بتقدير ثبوت الخيانة هل يرفع يده أويستأجر من يكون معه من أصل الثمرة ، الوجه أن يده لاترفع عن حصته من الربح ، وللمالك رفع يده عما عداه ، ولوضم المالك اليه أمينا كانت أجرته على المالك خاصة .

أقول : الكلام هنا يقع فيمواضع ثلاثة : أحدها ـ أن ماذكر. من أن القول

قول العامل بيمينه هو مقتضى القواعد الشرعية ، لانه فى الحقيقة بالنسبة الى حصة المالك أمين ، كعامل القراض ، والاصل عدم ما ادعاه المالك ، فيكون القول قول المنكر بيمينه .

قال العلامة في التذكرة انما تسمع دعوى المالك في ذلك كله اذا حرر الدعوى وبين قدر ما خان فحينئذ يقبل قلول العامل بيمينه ان للم يكن بينة ، واعترضه في المسالك بأن هذا الكلام منه بناء على أن الدعوى المجهولة لاتسمع ، مع أن مذهبه في باب القضاء سماع الدعوى المجهولة .

ثم قال: فلو قلنا بسماعها كما هـ و الاقوى كفى فى توجه الدعوى مجرد دعوى أحد هذه الامور من غير احتياج الى بيان القدر، وهذه قاعدة ببابها أليق فلا وجه لتخصيص البحث فيها بهذه الدعوى، انتهى.

وثانيها ما ذكره من الوجه الجامع بين عدم رفع يده بالكلية ، وبين تصرفه في الجميع ، كالحال الاولى فانه جيد ، ومرجعه الى تصرفه في حصته خاصة ، ولكن لما كانت الحصة شايعة ومشتركة والتصرف فيها مستلزم للتصرف في مال المالك ، فانه يضم اليها المالك أميناً من جهته ، وكان الوجه في رفع يده بالكلية ، هو ما ذكر تا من أن اثبات يده على حصة يستدعى اثباتها على حصة المالك من حيث الاشتراك ، وعدم التمييز ، واثبات يده على حصة المالك غير جائز ، بل الواجب رفع يده عنه ، وما لايتم الواجب الابد فهو واجب ، فيجب عليه رفع يده عن حصته من باب مقدمة الواجب .

ورد مسم _ ظهور مخالفته للقواعد الشرعية و «أن الناس مسلطون على أموالهم » (١) _ بأن اللازم منه ترجيح أحد الحقين بلا مرجح ، وأنه يمكن دفع ذلك بنم المالك للعامل أميناً من جهته .

وثالثها ما ذكره من أن أجرة النايب على المالك خاصة، والوجه فيه ظاهر،

⁽١) البحارج ٢ ص ٢٧٢ .

لانه قائم مقامه في حفظ ماله ، وعمله لمصلحته .

وخالف فيه بعض العامة فجعلها على العامل ، لان مؤنة الحفظ عليه ، وفيه أن العامل انما يبجب عليه العمل ، وهو باذل له ، وخيانته لاتر فع ذلك ، ولا يجوز أن يجعل الاجرة من الاصل ، لان في ذلك حق للعامل ، فلا يسح بدون اذك ، والله العالم .

السابعة _ لاخلاف في أنه لوظهرت الاسول المساقى عليها مستحقة للغير، بطلت المساقاة كما صرحوا به ، الا أنه يجب تقييده بناء على قولهم بصحة العقد الفضولى بعدم اجازة المالك ، لان الغاصب عندهم _ داخل في الفضولي كما قد منا نقله عنهم في كتاب البيع ، (١) بل صرح به في المسالك هنا أيضا (فقال: ان المساقى الغاصب _ لايقصرعن كونه فضولياً ، فينبغي تقييده بما اذا لم يجز المالك المساقاة ، ثم اعترض على نفسه ، فقال: لايقال: ان مثل ذلك لايتسور فيه اجازة المساقاة مع وقوع العمل له بغير عوض ، فكيف ترضى بدفع العوض ، وهو المحسة مع ثبوتها له مجاناً ، ثم أجاب بأن هذا الاستبعاد انما يتم لوكان الظهور بعد تمام العمل ، والمسئلة مفر وضة في ما هو أعمم ، فيمكن أن يبقى من العمل ما يؤثس المستحق منه دفع الحصة في مقابلة الباقي ، لان الاغراض لا تنصبط ، انتهىي وهو جيد لوقلنا بصحة الفضولي .

ثم انه مع الحكم ببط الان المساقاة فان الثمرة تكون لمستحق الاصل ، لا نهانما علكه ، ولم يحصل الانتقال منه لا في الكل ولا في البعض ، وللعامل الاجرة على من ساقاه ، لانه استعمله بعوض لم يسلم له ، فيجب عليه دفع أجرة المثل ، كما تقدم ذكره من أن كل موضع تبطل المساقاة فالواجب أجرة المثل ، ويجى على القول الاخر أقل الامرين كما تقدم أيضا .

هذا كلد مع جهل العامل كما هومفتضي عنوان المسئلة وسياق الكلام ،

⁽۱) ج ۱۸ ص ۲۸۱ ،

والا فلوكان عالماً بالنصب لم يرجع على المساقى بشى ، ولو هلكت الشرة كملا أوسر قت فلاشى المساقل بن المتحقاق المير فها الموجب المحرة المثل أن ظهور استحقاقها موجب لبطلان المقد ويطلان العقد موجب لاجرة المثل كما عرفت ، وأما في صورة هلاكها وسرقها فان العقد صحيح ، والعاخل شريك المالك بالحصة المقررة له ، فاذا تلف ذلك كان على الجميع .

ولوكان ظهوراستحقاق الاصول بعد ظهور الثمرة فهيهنا صورتان: الاولى ــ أن يكون الثمرة باقية ، ولا اشكال في وجوب ردها على المالك كما تقدم ، الثانية: ـ أن يتلف الثمرة بعد اقتسامها بين المساقي والعامل ، فقيل: بأنه يرجع المالك على كل منهما بما قبضه وأتلفه ، وهو المنقول عن الشيخ في المبسوط ، وقيل: بأن له مع ذلك الرجوع بالجميع على الغاصب ، فيتخير بين الامرين ، وهو اختيار المحقق في الشرايع ، وقيل: له مع ذلك الرجوع على العامل بالجميع ، فيتخير بين الامور الثلاثة ، وهو اختياره في المسالك ، وهذا هو المو افق لقو اعدهم في الغصب ، من أن كل من وقع يده على المغصوب وتصرف فيه فللمالك . الرجوع عليه .

قال في الشرايع: ولواقتسما الثمرة، وتلف كان للمالك الرجوع على الغاصب بدرك الجميع، ويرجع الغاصب على العامل بما حصل له، وللعامل على الغاصب أجرة عمله، أو يرجع على كل واحد منهما بما حصل له، وقيل: له الرجوع على العامل بالجيع ان شاء، لان يده عارية والاول أشبه، الأأن يكون العامل عالماً به.

وقال فى المختلف: اذاظهر النخل مستحقاً بعد أن اقتسما الثمرة وأتلفاها رجع المالك على العامل بنصف الثمرة ، لاجميعها ، قاله الشيخ فى المبسوط ، لانه ماقبض الثمرة كلها ، وانما كان مراعياً لها حافظاً نائبا عن الغاصب ، فعلى هذا لو تلفت كلها بغير تفريط فلاضمان عليه ، والاقرب أن عليه الضمان فى الموضعين للجميع ويرجع على الغاصب ، لائه غار ، انتهى وهوظاهر فى اختياره جواز الرجوع على

العامل بالجميع كما اختاره في المسالك.

اذاعرفت ذلك قصعة القول الاول استغال نمة كل منهما بمال المالك، فيرجع على كل منهما بما أتلفه، وعدم رجوعه بالجميع على العامل لما علله به في المختلف، وأما حجة القول الثاني فبالنسبة الى الرجوع عليهما ماعرفت، وأما الرجوع على الغاصب بالجميع، فلانه الاصل في تلف الجميع من حيث تعرفه بالاخذ منه، واعطاء العامل منه، وأما عدم رجوعه بالجميع على العامل فلما عرفت من التعليل المذكور في المختلف.

وحجة القول الثالث ما تقدمت الاشارة اليه، وسيأتى بيانه انشاءالله تعالى وحجة القول الثالث ما تقدمت الاشارة اليه، وسيأتى بيانه النصب وملخصه تخير المالك فى الرجوع على كل منهما بالجميع و بالبعض ، لان كلامنهما ضامن لجميع الشرة ، بوضع يده عليها ، وقوله فى تعليل نفى ضمان الجميع عن العامل أنه انماكان راعياً حافظا نائبا عن الغاصب لايمنع كون يده على الشمرة ، وانكان بطريق النيابة ، والسبب الموجب للضمان هوذلك .

وعلى هذا فان رجع المالك على الغاصب بالجميع رجع الغاصب على العامل بالحصة التى قبضها وأتلفها ، لعدم استحقاقه لها بعد ظهور فسادالعقد ، ورجع العامل على الغاصب بأجرة المشل مع جهله ، وأن رجع بالجميع على العامل رجع العامل على الغاصب بما استهلكه من الثمرة ، وبأجرة مثله مع جهله ، ومع علمه لايرجع بالاجرة ، وانما يرجع بحصة الغاصب خاصة ، ولو رجع على كل منهما بما قبضه ، فليس لاحدهما الرجوع على الاخر بشى عن الثمرة ، نعم يرجع العامل على الغاصب بأجرة المثل مع الجهل كما عرفت .

بقى هنا صورتان آخران أيضاً: وهو أن يتلف الجميع في يد العامل، أو يتلف الجميع في يد الغاصب، قالوافي الاولى: انه لاريب في رجوعه على العامل بحصة، وكذا يرجع عليه بعصة الغاصب، لانه وان كان يده عليها يدأمانة بالمنظر الى ظاهر الامر أولا حيث أنه أمين من جهة المساقى، الا أنه بعد ظهور النصب فانه يرجع على الغاصب بما أخذه من المالك ، لانه غره ، فيرجع عليه ، لغروره له ، وفي الثانية يترتب على كون يد الغاصب يد أمانة أو يدضمان ؟ فيترتب على كل منهما مقتضاه كما سيأتى ـ انشاء الله ـ تحقيقه في كتاب الغصب .

الثامنة الخراج في الارض الخراجية ، وهي المفتوحة عنوة على المالك لانه بمنزلة الاجرة ، بل هو أجرة الارض مع خلوها عن الشجر ، وقد يوضع على الشجر المغروس فيها بواسطة الارض ، لان حق المسلمين انما هو في الارض لافي الشجر ، حيث انه مال المالك الذي غرسه ، الا أن يمكون فيها وقت الفتح ، فانه للمسلمين أيضا ، وبالجملة فان الارض والاشجار لما كانت ملكا للمالك فجميع ما عليها وما يحتاجان اليه يلحق بالمالك ، ومنه الخراج ، الا أن يشترط على العامل ، أويشترط كونه بينهمامعاً ، وحنيت فلا بدمن علمهما بقدره ، ليصبح اشتراطه في العقد اللازم ، ولا يتجهل لجهل العوض ، ولوذاد السلطان بعد ذلك فهو على المالك ، ولا يدخل في الشرط كما تقدم نظيره في المزارعة .

التاسعة – قالوا: ليس للعامل أن يساقى غيره ، أما اذاشرط فى متن العقد العمل على العامل بنفسه فظاهره لوجوب الوفاء بالشرط، وبطلان المشروط بالاخلال بالشرط، وأما مع الاطلاق بأن يكون العمل فى الذمة فانهم عللوا المنع بأن المساقاة انما تصح على أصل معلوك للمساقى والعامل لا يعملك الاصول وانعا يعملك الحصة من الثمرة بعد ظهورها، كما تقدم فى تعريفها، وظهر من أحكامها.

وتوضيحه أن في المساقاة تسليطاً على أصول الغير ، وعملها والناس يختلفون في ذلك اختلافا زايداً ، فليس لمن رضى المالك بعمله وأمانته أن يولى من لم يرضه المالك لذلك ، و هذا بخلاف المزارعة كما تقدم ذكره في المطلب الاول من أنها لماكانت من العقود اللازمة الموجبة لنقل المنفعة الى العامل بالمحصة المعينة كان للعامل نقلها الى غيره ، لعموم « الناس مسلطون على أموالهم» (١) ولا يتوقف ذلك

⁽١) البحارج ٢ ص ٢٧٢ .

على اذن المالك ، اذ لاحق له في المنفعة .

نعم تسليم الأرض يتوقف على اذنه الا أن هذا انما يتم فيما اذا كان البذر من العامل ، أما لوكان من صاحب الارض فالاسل أن لايتسلط عليه الامالكه ، أومن أذن له وهوالزارع .

وظاهر المحقق الاردبيلي جواز مساقات الغير هنا ، لعموم الادلة ، وعدم المائم الاذن من المالك ، فانه لافرق بينها وبين المزارعة .

ويظهر من المسالك الجواز فيما لو ظهرت الثهرة ، وبقى بسببها عمل يحصل بسببه الزيادة فيها ، فان المساقات حينة جائزة ، والعامل يصير شريكاً ، الى آخر كلامه .

وكيفكان فالمسئلة عندى محل توقف واشكال ، لخلوها من النص القاطع لمادة القيل والقال ، وقد تقدم في مسئلة جواذ مزارعة الزارع لغيره ماهو من هذا القبيل والله الهادى الى سواء السبيل .

العاشرة - لاخلاف بينهم في أن الفائدة تملك بالظهور ، وأسنده في التذكرة الى علمائنا ، مؤذنا بدعوى الاجماع عليه ، وفي المسالك لانعلم فيه خلافاً ، والخلاف فيه من بعض العامة ، حيث جعل ملك العامل موقوفاً على القسمة .

والوجه فى القول المشهور ـ زيادة على الاجماع المذكور ـ أن العقد قد اقتضى كون الثمرة بينهما ، لاشتراط ذلك فيه ، وصحة العقد والشرط تقتضى ثبوت مقتضا هما ، كغيره من الشروط الصحيحة ، فمتى تحققت وظهرت دخلت فى ملكها ، ويتفرع على ذلك وجوب الزكاة على من بلسغ نصيبه منها نساب الزكاة ، لتحقسق شرط وجوب الزكاة ، وهو ملك الثمرة قبل تحقق الوجوب ونموها فى ملكه .

و تقل الخلاف هنا عن السيد بن زهرة ، فانه أوجب الزكاة على من كان منه البندر ، مستنداً الى أن الحصة كالاجرة ، قال على ما نقله عنه في المختلف .:

لازكاة على العامل ، لانه أخذ حصته أجرة .

أقسول: وبذلك قال أيضاً في المزادعة ، حيث قال: كل من كان البندر منه وجبت الزكاة عليه دون الاخس ، لان ما يأخذه كالاجرة.

وقال ابن ادريس في كتباب المزارعة من كتاب السرائر : فأما الزكاة فان بلغ نسيب كل واحد منهم ما يجب فيه الزكاة وجب عليه ، لانه شريك مالك ، سواء كان البذر منه أو لم مكن ، وليس ما يأخذه المزارع الذى منه العمل دون البذر أجرة ، ولا كالاجرة .

وقال بعض أصحابنا المتأخرين في تصنيف له : كل من كان البدر منه وجب عليه الزكاة ، ولا تبجب الزكاة على من لا يكون البذر منه ، قال : لان ما مأخذه كالاجرة ، والقائل بهذا القول العلوى أبو المكادم بن زهرة الحلبي ، شاهدته ورأيته وكاتبته وكاتبني ، وعرفته ماذكره في تصنيفه من الخطأ ، فاعتذره بأعذار غير واضحة ، وأبان بها أنه ثقل الرد عليه ، ولعمرى ان الحق تقيــل كله ، ومن جملة معاذيره ومعارضاته لي في جهوابه أن المزارع مشل الغاصب للحب ، اذا زرعه ، فان الزكاة تبعب على رب العب ، دون الغاسب ، وهذا من أقبح المعارضات وأعجب الشبهات ، واتما كانت مشورتي عليه أن يطالع تستيفه وينظر في المسئلة ويغيرها قبل موته ، لثلا يستدرك عليه مستدرك بعد موته ، فيكون هو المستدرك على نفسه ، فعلت ذلك في علم الله شفقة وسترة عليه وتصبحة له ، لان هذا خلاف مذهب أهل البيت (عليهم السلام) ، وشيخنا (رحمة الله عليه) قد حقق المسئلة في مواضع عدة (عديدة) من كتبه ، وقال: الثمرة والزرع نماء على ملكهما ، فيجبعلى كل واحد منهما الزكاة اذابلغ نسيبه مقدار مايجب فيه ذلك ، واعما السيد أبوالمكارم نظر الى ما ذكره شيخنا من مذهب أبي حنيفة في مبسوطه ، فظن أنه مذهبنا ، فنقله في كتابه على غير بصيرة ولا تعقيق ، وعرفته أن ذلك مذهب أبي حنيفة ذكره شيخنا أبو جعفر في مبسوطه ، لما شرح أحكام المزادعة ، ثم عقب بمذهبنا وأو مأت الى المواضع التى حققها شيخنا فى كتاب القراض وغيره فما رجع وما غيرها فى كتبه ، ومات (رحمه الله) وهو على ماقاله نسئل الله له بالغفران وحشره مع آبائه فى الجنان ، انتهى.كلامه .

وقال العلامة في المختلف بعد نقل ملخص هذا الكلام عن ابن ادريس: وقول ابن ادريس وان كان جيداً مستفاداً من الشيخ أبي جعفر الا أن قول ابن زهرة ليس بذلك البعد من الصواب.

أقول: الظاهر أن الحامل لشيخنا العلامه (دحمة الله عليه) لنفي البعد عن هذا القول انما هو التحامل على ابن ادريس، والا فهو في البعد من السواب أظهر من أن يخفى على سائر ذوى الالباب.

قال شيخنا الشهيدالثانى فى المسالك ـ بعد نقل القول المذكور و نعم ماقال ـ : وضعفه ظاهر ، لان الحصة قد ملكت هنا بعقد المعاوضة ، فى وقت يصلح لتعلق الزكاة بها ، لا بطريق الاجرة ، ثم لو سلم كونها كالاجرة فمطلق الاجرة لا تمنع من وجوب الزكاة ، بل اذا تعلق الملك بها بعد الوجوب ، اذ لو استأجره بزرع قبل بعدو صلاحه ، أو آجره المالك الارض بالزرع كذلك ، لوجبت الزكاة على مالك الاجرة ، كما لو اشترى الزرع كذلك .

نسم لوكان بذهب الى أن الحصة لايملكها من لابذر له بالظهور ، بل بعد بدو صلاحها ونحوه أمكن ترتب الحكم عليه ، لكنه خلاف اجماع الاصحاب ، ومع ذلك لايتم تعليله بالاجرة ، بل بتأخر ملكه عن الوجوب ، ثم نقل كلام ابن ادريس ، وأنه كاتبه الى حلب ، ونبه على فساد قوله ولم يقبل ، وأنه مات على ما قاله ، ثم نقل كلام العلامة في المختلف ، وأن هذا القول ليس بذلك البعد من الصواب ، ثم قال : وهو خلاف الظاهر ، والظاهر أن الحامل له على ذلك كثرة تشتيم ابن ادريس عليه ، انتهى .

تذنيب:

أجمع أصحابنا على بطلان المغارسة ، وبه قال أكثر العامة أيضا وهي عبارة عن أن يدفع أحد أرضاً الى غيره ليغرسها على أن يكون الغرس بينهما معاً ، و مستند الاسحاب في البطلان هو عدم ورود نص بجواذها ، لان المعاوضات موقوفة على اذن الشارع ، وحيث لم يرد فيها كنيرها من العقود المشهورة اذن ، لاجرم وجب الحكم ببطلانها .

وتنظر فيه المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) وتبعه الفاضل الخراساني في الكفاية ، بأنه يمكن استفادة ذلك من بعض العمومات ، فانه لولا الاجماع المدعى لامكن القول صحة ذلك ، قالوا : ولا فرق بين أن يكون المغروس من مالك الارض ، أومن العامل ، ولابين أن يشترط العامل جزء من الارض مع حصة من الفرس ، و عدمه ، وحيث ثبت بطلان المعاملة المذكورة ، فالغرس الساحبه ، الاأنه ان كان ساحبه هو صاحب الارض ، فعليه للعامل أجرة مثل عمله ، لائه لم يعمل مجاناً بل بحصة لم تسلم له ، وان كان صاحبه هو العامل ، فعليه لساحب الارض أجرة المثل ، عوضاً عن مدة شغله لها ، ولصاحب الارض قلعه ، لبطلان المعاملة ، وأنه غير مستحق للبقاء فيها ، لكن بالارش حيث أنه صدر عن اذنه ، فليس بعرق ظالم ، و ظاهر كلامهم أنه لافرق في ذلك بين العالم بالبطلان ، والجاهل به .

وأنت خبير بانه لا يبعد الفرق بين الحالين وتخصيص الحكم المذكور بحال الجهل ، وأما مع العلم فانه لاأجرة للعامل فيما اذا كان الفرس لصاحب الارض ، ولا لساحب الارض فيما اذا كان الغرس للعامل ، ولا أرش لصاحب الفرس مع علمه ، لان الاول مع علمه بيطلان العقد وأنه لا يستحق الحصة في مقابلة عمله يكون متبرعاً بالعمل حينئذ ، و مقتضى تعليل وجوب الاجرة بأنه انما عمل لاجل الحصة و لم

تسلم له فوجب له الاجرة لايجرى الا في صورة البجهل ، كما هوظاهر .

والثانى قد أذن للعامل فى التصرف فى أرضه بالحصة مسع علمه بعدم استحقاقها ، فيكون فى معنى الاذن بغير عوش ، فكيف يستحق عليه أجرة والحال هـنه .

والثالث فمن حيث ظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه ، وفي هذا نظر، فائه انما غرس بظالم ، فيكون مستحقا للارش .

بقى الكلام فى المعنى المراد من الارش هنا ، قال فى المسالك : والمراد بالارش هنا تفاوت ما بين قيمته فى حالتيه ، على الوضع الذى هو عليه ، و هو كونه مقلوعاً لان كونه حال غرسه باقياً بأجرة ، أو مستحقاً للقلع بالارش ، وكونه مقلوعاً لان ذلك هو المعقول من أرش النقصان ، لاتفاوت ما بين قيمته قائماً مطلقا ، أومقلوعاً اذلاحق له فى القيام كذلك ليقوم بتلك الحالة ، ولا تفاوت ما بين كونه قائما بأجرة ومقلوعاً لما ذكرنا ، فان استحقاقه للقلع بالارش من جملة أوسافه ، ولا تفاوت ما بين كونه قائماً مستحقاً للقلع ، ومقلوعاً لتخلف بعض أوسافه أيضاً كما بيناه ، ولا بين كونه قائماً مستحقاً للقلع بالارش ومقلوعاً لتخلف وصف القيام بأجرة .

وهذه الوجوه المنفية ذهب الى كل منها بعض ، واختاد الثانى منها الشيخ على (رحمة الله عليه) والاخير فخرالدين فيما ينسب اليه ، والاخران ذكر هما من لايعتد بقوله ، ثم قال : ويجب على العامل مع ذلك أرش الارض لونفست به ، وطم الحفر ، خصوصاً لوقلعه بغير أمر المالك ، وقلع العروق المتخلفة عن المقلوع.

تنبيهان :

الاول : قال فى المسائك : لوكان الغرس من مالك الارض لكن الغارس ركب فيه نسوعاً آخر كما فى شجر التوت وتعسوه ، فالمركب للغارس ان كان أصله ملكه ، وكـذا نماؤه مدة بقائمه ، وعليه مع أجـرة الادش أجرة أصول الغرس أيضا ، وللمالك ازالة المركب مع الارش كمامر ، انتهى .

الثانى: قالوا: لو بذل صاحب الارض للغارس قيمة الغرس ليكون الغرس لمانى الغرس ليكون الغرس لمان ببيعه اياه لم يجب عليه القبول، وكذالو دفع الغارس أجرة الارض ليبقى غرسه فيها لم يجب عليه القبول، والوجه فى الموضعين واضح، لانهامعاوضة وصحتها موقوفة على التراضى من الطرفين، والله العالم.

كتساب الوديعسة

وتحقيق الكلام في هذا الكتاب يقتني بسطه في بحوث ثلاثة :

البحث الاول ـ الوديمة ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع ، قال الله تعالى دان الله يأمر كم أن تؤدوا الامانات الى أهلها » (١) ، وقال تعالى د فليؤدى الذين اقتمن أمانته وليتق الله ربه » (٢) .

وأما السنة فالاخباد بذلك مستفيضة تكاد تبلغ حد التواتر المعنوى ، فروى في الكافى والتهذيب عن الحسين الشيباني (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) دقال : قلت له : ان رجلا من مواليك يستحل مال بني أمية ودمائهم وانه وقع لهم عنده وديعة ، فقال : أدوا الامانات الى أحلها وان كانوا مجوسياً ، فان ذلك لا يكون حتى يقوم قائمنا (عليه السلام) فيحل ويحرم .

أقول: الظاهر أنه لامنافاة بين استحلال أموالهم ودمائهم وبين وجوب أداء الامانة لهم لما سيظهر لك من تكاثر الاخبار بوجوب أدائها ، وان كان من يحل ماله ، كما يشير اليه التميثل بالمجوس .

⁽١) سورة النساء _ الآية ٨٥.

⁽٢) سورة البقرة ــ الآية ٢٨٢ .'

⁽٣) المكافى ج ه ص ١٣٢ ح ٢ ، التهديب ج ٦ ص ١٥٣ ح ١١٤ الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٢ ح ٥

ويحتمل حمل الخبر على عمومه من تحريم أموالهم ودمائهم ، و يكون حينتُذ خارجاً مخرج التقية كما يشير اليه آخر الخبر ، و يمكن حمل آخر الخبر بناء على المعنى الاول على أنه يجب أداء الامانة لهم في ذلك الوقت ، وأنه يتغير هذا الحكم بعد ظهوره (عليه السلام) ولا يخلو عن شيء .

وروى فى الكافى عن محمد بن مسلم (١) عن أبى عبدالله (عليه السلام) د قال : قال أمبر المؤمنين (عليه السلام) أدوا الامانات ولو الى قاتسل ولد الانبياء (عليهم السلام) ، وروى فى الكافى والتهذيب عن عمر بن أبى حفص (٢) د قال : سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول : اتقوا الله وعليكم بأداء الامانة ، الى من أثمنكم فلوأن قاتل على بن أبى طالب (عليه السلام) التمننى على أمانة لاديتها اليه .

وعن عمار بن مروان (٣) • قال : قال أبو عبدالله (عليه السلام) في وصية له : اعلم أن ضارب على (عليه السلام) بالسيف وخاتله لو التمنني على سيف واستنصحني أو استشار ني ثم قبلت ذلك منه لاديت اليه الامانة ،

وعن محمد بن الفاسم بن الفنيل (٤) « قال : سئالت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلا من مواليك مالاله قيمة ، والرجل الذى عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لا يعطيه شيئاً ، ولا يقدر له على شيء والرجل الذى استو دعه رجل خبيث خارجي فلم أدع شيئا ، فقال لى : قل له : رده عليه، فانه اثتمنه عليه بأمانة الله عزوجل » .

وروى فى الكافى عن عبد الرحمان بن سيابة (٥) قال: لما أن هلك أبى سيابة جاء رجل من اخوانه الى فضرب الباب على فخرجت اليه فعزانى وقال الى : هل ترك أبوك شيئًا ، فقلت له: لا فدفع الى كيساً فيه ألف درهم وقال :

⁽۱) الکافی ج ه ص ۱۳۳ ح۳

الوسائل ج ١٢ ص ٢٢٣ ح ٦ .

⁽۲) و (۲) و (٤) الكافى ج ه ص ۱۳۳ ح ؛ و ه و ۸ ، التهذيب ج ٦ ص ١٥٦ ح ١١٥ و ١١٦ و ١١٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢١ ح ٢ و ص ٢٢٣ ح ٨ و ٩ . (۵) الكافى ج ه ص ١٣٤ ح ٩ . الوسائل ج ١٣ ص ٢١٩ ح ٦

أحسن حفظها وكل فضلها ، فد خلت الى أمى وأنا فرح فاخبرتها فلماكان بالعشي أثبت صديقاً كان لابي فاشترى لي بضايع سابرى و جلست في حانوت فرزق الله فيها خيراً كثيراً ، فحضر الحج فوقع فيقلبي فجئت الى أمي وقلت لها : قد وقع في قلبي أن أخرج الى مكــة ؟ فقالت لى : فرد دراهم فلان عليه ، فهيتها وجئت بها اليه فدفعتها اليه فكاني وهبتها اليه ، فقال ، لعلك استقللتها فأزيدك ، قلت : لا ولكن وقع في قلبي الحج فأحببت أن يكون شيئك عندك ، ثم خرجت فقضيت نسكى ثم رجعت الى المدينة ، فدخلت مع الناس على أبي عبدالله (عليهالسلام) وكان يأذن اذناً عاماً فجلست في موا خسر الناس ، وكنت حدثاً فأخهذ الناس يستُّلونه ويجيبهم فلما خف الناس عنه أشار اليُّ فدنوت اليه فقال لي: ألك حاجة ؟ فقلت له: جملت فداك أنا عبد الرحمن بن السيابة فقال لي: مافعل أبوك قلت : هلك ، فتوجع وترحم ، قال : ثم قال لى : فترك شيئًا ؟ قلت : لاقال : فمن أين حججت ؟ قال : فابتدأت فحدثته بقصة الرجل ، قال : فماتر كنَّي أفرغ منها حتى قال لى: فما فعلت في الألف قال: قلت: رددتها على صاحبها، قال لى: قد أحسنت وقال لى: ألاأوسيك ؟ قلت : بلى جعلت فداك ، فقال:عليك بصدق الحديث وأداء الامانة ، تشرك الناس فيأموالهم هكذا ، وجمع بيناصابعه قال : فحفظت ذلك عنه فر كيت ثلاثماً، ألف درهم ، اليغير ذلك من الاخبار الجارية في هذا المضمار .

وأما الاجماع فقد نقله جملة من الاصحاب منهم العلامة في التذكرة قال : وقد أجمع المسلمون كافة على جوازها ، وتواترت الاخبار بذلك .

أقول: ويؤكد ذلك دلالة العقل والنقل على قضاء حاجة المؤمن وادخال السرور عليه مع عدم المائع ، كما لولم يثق من نفسه بالحفظ لبعض الاسباب المتوقف عليها ذلك ، قال في التذكرة _ بعدأن صرح بالاستحباب كما ذكرنا _: ولولم يكن هناك غيره فالاقوى أنه يجب عليه القبول ، لانه من المصالح العامة . وبالجملة فان القبول واجب على الكفاية ، ثم استثنى ما اذا تضمن بالقبول

ضرراً في نفسه أو ماله أو على أحد من اخوانه المؤمنين ولابأس به ، وقال في التذكرة أيضاً : الوديعة مشتقة من ودع يدع : اذا استقر وسكن ، أو من قولهم يدع كذا أى يتركه ، والوديعة متروكة مستقرة عند المستودع ، وقيل : انها مشتقة من الدعة ، وهي الخفض والراحة ، يقال : ودع الرجل : فهو وديع ووادع ، لانها في دعة عند المودع ، لا تتبدل ولا تتبذل ولا تستعمل ، والوديعة يطلق في العرف على المال الموضوع عند الغير ليحفظه ، والجمع الودايع ، واستودعته الوديعة أى استحفظته أياها ، وعن الكسائي أو دعته كذا : اذا دفعت اليه الوديعة فقبلها ، وأودعته كذا : اذا دفع الياك الوديعة فقبلها ، وهدو من الاضداد والمشهور في الاستعمال المعنى الاول ، انتهى .

أقول: قال في كتاب المصباح المنير: والوديعة: هوفعيلة بمعنى مفعولة، وأودعت زيداً مالا، دفعته اليه ليكون عنده وديعة، وجمعها ودايع، واشتفاقها من الدعة وهي الراحة، اوأخذته منه وديعة، فيكون من الاضداد، لكن الفعل في الدفع أشهر، واستودعته مالا، دفعته له وديعة يحفظه، وقد ودع زيد بضم الدال وفتحها وداعة بالفتح، والاسم الدعة وهي الراحة، وحفض العيش والهاء عوض من الواو، انتهى.

وقد عرفها بعض الفقهاء بأنها الاستنابة في الحفظ ، وعرفها في التذكرة بأنها عقد يفيد الاستنابة في الحفظ ، وهو أظهر قال : وهي جايرة من الطرفين بالاجماع ، ولكل منها فسخه ، ولابد فيها من ايجاب وقبول ، فالايجاب كل لفظ دل على الاستنابة بأى عبادة كان ، ولاينحصر في لفة دون أخرى ، ولا في عبارة دون أخرى ، ولايفتقر الى التصريح ، بل يكفى التلويح والاشارة ، والقبول قد يكون بالقول ، وهو كل لفظ يدل على الرضا بالنيابة في الحفظ ، بأى عبارة كان ، وقد يكون بالفعل ، وهل الوديعة عقد برأسه ؟ أو اذن مجرد ، الاقرب الاول ، انتهى . وبنحو ذلك صرح جملة ممن تأخر عنه منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك ، حيث قال : مقتنى كونه عقداً تركيبه من الإيجاب والقبول بالقولين، ومقتنى جواذه عدم التصاره فى عبارة ، بل يكفى كل لفظ دل عليه ، ولايعتبر فيه التصريح ، بل يكفى التلويح و الاشارة المفهمة لمعناه اختياراً ، ثم قال بعد قول المسنف (رحمة الله عليه) : ويكفى الفعل الدال على القبول ، أطلق المسنف وجماعة أنه يكنى القبول الفعلى مع اعترافهم بكونه عقداً نظراً الى أن الغاية منه انما هو الرضا بالاستنابة ، وربما كان الفعل فيه أقوى من القبول ، باعتبار التزامه ودخوله فى ضمانه لوقس ، بخلاف القبول القولى ، فأنه وان لزمه ذلك شرعاً الا أنه ليس صريحاً فى الا لتزام من حيث أنه عقد جائز ، فاذا فسخه ولم يكن قبضه لم يظهر أثره واليد توجب الحفظ الى أن يسرده الى مالكه ، لمموم على اليدما أخذت حتى تؤدى » (١) وهذا حسن ، الا أن فيه بعض الخروج على اليدما أخذت رمن ثم ذهب بعض العلماء الى أنها اذن مجرد ، لاعقد ، وفرع عليه عدم اعتبار القبول القولى ، وآخرون الى أن الايجاب ان كان بلفيظ أودعتك وشبهه مما هوعلى صيغ المقود وجب القبول لفظا ، وان قال احفظه ونحوه لم يقتقر الى القبول اللفظى ، كالوكالة ، وهو كلام موجه .

أقول: لا يتخفى أن ماطولوا به الكلام فى هذا المقام من أنه لابد من عقد مشتمل على الا يجاب والقبول والخلاف فى القبول بكونه قولياً أو فعلياً، وكذا الخلاف بكونه عقداً أو اذنا كله تطويل بغير طائل، اذ لا يظهر له عند التأمل والتحقيق ثمرة ولا حاصل، والامر فى ذلك معروف بين جملة الناس من عالم وجاهل، فانه لاخلاف ولا اشكال فى أن من قصد غيره بمال ليودعه عنده، وجرى بينهما من الكلام ما يدل على الرضا بذلك، من الطرفين بحيث لا يتوهم كونه هديمة ولا عطية ولا بيعاً. ولا نحو ذلك ترتب عليه أحكام الوديعة شرعاً، سواء

⁽١) المستدرك ج ٢ ص ١٠٥ ح ١٢٠

سمى ذلك عقداً أو اذناً أو غير ذلك ، ولافرق أيضا في ذلك بين أن يكون الدال على المراد . على المراد .

وبالجملة فالظاهر أنه يكفى ما يدل على الاستنابة وقبولها مطلقا ، وأنها مجرد الاذن فى النيابة ، وأنه مالم يقبض أو يقبل بما يفيد القبول لم يدخل فى المنمان والا فانه يلزم المنمان ، وليس فى النصوص ذيادة على ماذكرنا عين ولا أثـر

وكيف كان فتحقيق الكلام في المقام يقع في مواضع : الأول _ اذا طرح الوديعة عنده فهيهنا صور :

الاولى ــ أن يطرحها عنده ولا يحصل منه مايدل على الاستنابة في الحفظ، ولم يحصل من الاخر مايدل على القبول ، ولا أشكال في عدم ثبوت الوديعة ، ولا في عدم وجوب الحفظ .

الثانية ــ السورة بحالها ولكن حصل القبول القولى من الاخر ، وحكمها كسابقها ، فانه بمجرد الطرح مالم يضم الى ذلك كونه وديعة ، لايستلزم وجوب الحفظ ، ولا الشمان .

الثالثة م السورة الاولى بحالها ، ولكن قبضه الاخر ولاريب أنه لايسير وديمة ، ولكن يجب حفظه ، ويضمنه لخبر (على اليد ما أخذت حتى تؤدى ، (١) .

الرابعة -أن يطرحه ويضم الى ذلك مايدل على قسد الايداع، ويحسل القبول من الاخر قولا أو فعلا، ولاريب فى ثبوت كونه وديعة، فيجب الحفظ، ويضمن مع التفريط.

الخامسة ـ السورة بحالها ولكن لـم يحصل من الاخر ما يدل على القبول لاقولا ولا فعلا ، ولاريب في أنها لا تصير وديعة ، ولا يجب عليه حفظها حتى لو ذهب وتركها لم يضمن ، الا أنهم صرحوا بأنه لو كان ذهابه بعد أن غاب المالك فانه يأثم لوجوب الحفظ عليه من باب المعاونة على البر ، واعانة المحتاج ، فيكون

⁽١) المستلاك ج ٢ ص ١٠٥ ح ١٢.

من باب الواجبات الكفائية ، وفيه مافيه .

ثـم انه بالنسبة الى الصورة الرابعة المشتملة على تحقـق الوديعة لو ذهب المستودع بعد طرح الوديعة والمالك حاضر ، فانه جزم في التذكرة بأن ذلك ردالوديعة ، ولوكان المالك غائبا ضمن .

قال فى المسالك: ويشكل تحقق الرد بمجرد الذهاب عنها، مع حضور المالك، لاصالة بقاء العقد، وكون الذهاب أعم منه مالم ينضم اليه قرائن تدل عليه، وهوجيد من حيث التعليل الثانى.

أما الاول أعنى الاستناد الى اصالة العقد فهو ضعيف ، لما أشرنا اليه آنفا من أنه لاعقد هنا .

وأما الثاني فانه جيد ، لانه لما ثبت كونه وديعة كما هو المفروض فالاصل البقاء على حكمها حتى يثبت ما يوجب فسخها ، وذهاب المستودع لا يدل عليه ، لانه أعم من ذلك ، والعام لا يدل على الخاص ،

اذاعرفت فاصلم أن ظاهر الفاضل الخراسانى فى الكفاية المناقشة فى السورة الثانية والثالثة مدعياً حصول الوديعة بمجرد الطرح ، فان ظاهر وضع المال عنده أن غرض المالك الاستنابة فى الحفظ وان لم يقل لفظاً يدل عليه ، والظاهر أنه لا يعتبر فى ايجاب الوديعة لفظ ، بل يكفى ما يدل على الرضا مطلقا ، فلا حاجة الى انضمام أمر آخر يدل على الاستنابة فى حفظه .

أقول: لاريب أن مجرد الطوح أعلم مما ذكره، والعام لادلالة له على النخاص تعم ان انضم الىذلك قرينة حالية أومقالية تفهم قصد الوديعة فالامركذلك ونحن لانوجب لفظاً منصوصاً ولافعلا منصوصاً، ولكن لابد من شيء يفهم منه قصد الوديعة ؛ ومجرد الطرح لايفيده كماعرفت.

الثانى - لوأكره على قبض الوديعة لـم تصروديعة ، ولايجب عليه حفظها ولا في المنانها ، مع احتمال حفظها ، كل ذلك لمكان الاكراه .

واستثنى شيخنا الشهيد الثانى (رحمة الله عليه) فى الروضة أن يكون المكره مضطراً الى إلايسداع، قال: فيجب عليه اعانته عليه كالسابق، وأشار به الى ما قدمنا ذكره فى الصورة الخامسة.

نمم لووضع يده عليها بعد زوال الاكراه مختاراً ، فانه يجب عليه حفظها ، باليد الجديدة ، لخبر « على اليد ما أخذت » (١) لامن حيث الاكراه ، وهل تصير بذلك وديعة أم أمانة شرعية ؟ قال في المسالك : يحتمل الاول ، لان المالككان قد أذن له ، واستنا به في الحفظ ، غايته أنه لم يتحقق معه الوديعه ، لعدم القبول الاختيارى ، وقد حصل الان ، والمقاربة بين الايجاب والقبول غير لازمة ، ومن الغاء الشارع ما وقع سابقا فلايترتب عليه أثسر ، ويشكل بأن الغائه بالنظر الى القابض لا بالنظر الى المالك .

شم قال : ويمكن الفرق بين وضع اليد اختياراً بنية الاستيداع ، وعدمه ، ويضمن على الثانى ، دون الاول ، اعطاء لكل واحد حكمه الاصلى ، انتهى .

أقول : والمسئلة لخلوها من النص لاتخلو من الاشكال ، وانكان ما ذكر ه أخيراً من التفعيل لايخلو من وجه ، والله العالم .

الثالث - قال بعض المحققين: اذا استودع وجب عليه الحفظ ، ولايلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط ، أو أخذت منه قهراً نعم لو تمكن من الدفع وجب ولولم يفعل ضمن ، ولا يجب تحمل الغرر الكثير بالدفع ، كالجرح و أخذ المال ، ولو أنكرها فطولب باليمين ظلماً جاذ الحلف صورياً ما يخرج به عن الكذب، انتهى .

أقول: وتفصيل هذا الاجمال وبيان ما اشتمسل عليه هذا المقال يقع في موارد: أحدها أن ما ذكره من وجوب الحفظ عليه متى استودع أى قبل الوديمة مما لاربب فيه ، ويدل عليه الاخبار المتقدمة الدالة على وجوب أداء الامانة ،

⁽١) المستدرك ج ٢ ص ١٠٥ ح ١٧ .

فانه لولا وجوب حفظها لم يبجب أداؤها ، وذلك أنه متى رخص له في اهمالها وعدم حفظها كيف يترتب عليه وجوب الاداء .

ويدل عليه أيضا ما يأتى ان شاء الله من الاخبار الدالة على وجوب الضمان مع مخالفة أمر المالك في الحفظ أوالرد ، ووجوب الحفظ عليه مادام مستودعاً لامطلقا ، لان الوديعة من العقود الجائزة التي لهما فسخها متى أدادا ، والواجب حينتذ هو ددها أو حفظها ، فيصدق وجوب الحفظ في الجملة من حيث أنه أحد فردى الواجب المخير .

واعلم أنه قد قسموا القبول الذى يتفرع عليه حكم الحفظ الى أقسام ، ... فمنه ما يكون واجباً كما اذا كان المودع مضطراً الى الاستيداع ، فانه يجب على كل قادر على ذلك واثق من نفسه بالحفظ قبول ذلك منه كفاية ، ولوا تحصر فى واحدكان واجباً عليه عيناً ، ووجوب الحفظ على هذا واضح كفاية أوعيناً ، وقد يكون مستحباً كما فى السورة المذكورة ، الا أن المودع غير مضطر لمافيه من المعاونة على البر ، وقضاء حوائج المؤمنين .

وقد يكون محرماكما اذا كان عاجزاً عن الحفظ ، أوغير واثق من نفسه بالا مانة لمافيه من تعريض مال الغير الى الذهاب ، والتمرض للتغريط المحرم ، ومثله مالوتضمن القبول ضرراً على المستودع فى نفسه أوماله أوبعض المؤمنين ، وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ وعدمه ، وأما كيفية الحفظ فسيأتى الكلام فيه انشاء الله تعالى .

وثنانيها ما ذكره من أنه لادرك عليه مع عدم التغريبط ، فالظاهر أنه اجماعي نصاً وفتوى ، فمن الاخبار الدالة على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة عن المحليي في الصحيح أو الحسن (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : صاحب

⁽۱) الكافى ج ه ص ۲۳۸ ح ۱ ، التهافيسب ج ۷ ص ۱۷۹ ح ۳، التقيمه ج ۳ ص ۱۹۳ ح ۱ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۲۷ ح ۲ ۰

الوديعة والبضاعة مؤتمنان».

وما رواه في الكافي والتهذيب عن ذرادة (١) في الصحيح أو الحسن « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن وديعة الذهب والغضة فقال : كـل ماكان من وديعة ولم تكن مضمونة لاتلزم » .

والمراد بقوله لم يكن مضمونة أى لم يشترط المستودع فيها الضمان لمن أودعه اياها ، فانه لايلزمه ، غرمها .

وعن اسحاق بن عمار (٢) في الموثق « قال : سألت أبا المحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرجل : كانت عندى وديعة ، وقال الاخر أنها كانت عليك قرضاً ، فقال : المال لازم له الا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة » .

وما رواه المشايخ الثلاثة (رحمة الله عليهم) بأسانيدهم وفيها الصحيح وغيره عن محمد بن مسلم (٣) د عن أبى جعفر (عليه السلام) قال : سألت عن الرجل يستبضع المال فيهلك أويسرق ، أعلى صاحبه ضمان ؟ فقال : ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً » .

ومادواه (۴) فى التهذيب والفقيه فى الصحيح أوالحسن عن الحلبى عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرق ؟ قال : هومؤتمن > الى غيرذلك من الاخبار الكثيرة ، وقد تقدمت جملة منهافى الكتب المتقدمة .

وثـالثها ـ ما ذكره من عدم الضمان عليه لو أخذت منه قهراً ، والظاهر

⁽۱) و (۲) الكافى ج ه ص ٢٣٩ ح ٧ و ٨ ، التهذيب ج ٧ ص ١٧٩ ح ٢ و ١ .

⁽٣) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ٤ ، التهديب ج٧ ص ١٨٤ ح ١٥ ، النقبه ح ١٩٠ ع

⁽٤) التهديب ج٧ ص ١٨٤ ح ١٤ ، الفقيه ج٣ ص ١٩٤ ح٧.

وهــذه الروايات فی الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٨ ح ٤ و ص ٢٣٧ ب ٧ و ص ٢٣٧ ح ٨ و ص ٢٢٧ ح ٢ .

أنه لااشكال فيه ، سواء كان قد تولى الظالم أخذها من يده أو من مكانها التي كانت فيه ، أو قهره على الاتيان بها فدفعها اليه ، لانتفاء التغريط في كل من الحالين وحينتذ فيرجع المالك على الظالم بالعين أو العوض : ونقل في المختلف عن أبى الصلاح أنه يضمن اذا سلمها بيده وان خاف التلف ، ولا ربب في ضعفه .

وهل للمالك الرجوع على المؤتمن في الصورة الثانية ، من حيث أنه باشر تسليم مال الغير الى غيرما لكه ، بمعنى أنه يتخير في الرجوع على أيهما شاء ؟ استقرب العلامة في التذكرة ذلك على ما نقله عنه في المسالك ، قال : وعلى هذا فمعنى عدم ضمانه أنه لايستقر عليه ، بل يرجع بما غرم على الظالم ، واحتمله في المسالك أيضاً الا أنه قال : والاقوى عدم جواز مطالبته ، لمدم تفريطه ولان الاكراه صير فعله منسوباً الى المكره ، ولانه محسن فلاسبيل عليه ، والتسليم باذن الشارع ، فلا يستعقب الضمان ، انتهسى .

أقول: وهذا الاحتمال الذى استقربه فى التذكره يرجع الى ماقدمنا نقله عن أبى السلاح ، وما ذكره فى المسالك فى رده جيد ، يمكن تأييده بما تقدم فى كتاب المزارعة عن حديث سعيد الكندى (١) و قال : قلت لابى عبدالله (عليه السلام) انى أجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم ، قال : اعطهم فضل ما بينهما ، قلت : أنا لم أظلمهم ولم اذدد عليهم ، قال : انهم انما ذادوا على أرضك » .

فائه ظاهر في أنه وان كان الظالم انما ظلم أولئك وأخذ من مالهم لكن لما كان منشأه الارض المذكورة حكم (عليه السلام) بذلك على المالك ، ومثله ما لو طلب الظالم مالا في ذمته لزيد بقصد الظلم لزيد ، فان مقتضى الخبر أنه لا يرجع زيد بما أخذه الظالم على من كان المال في نمته ، فبطريق الاولى لا يرجع فيما نحن فيه من حيث قبضه عين الامانة .

وبالجملة فالظاهر عندى ضعف مانقل عن العلامة من قرب القول المذكور

⁽۱) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٨ ح ١١، الرسائل ج١٢ ص ٢١١ ح ١٠٠

نعم لوكان الامين هوالساعيبها الى الظالم، ولم يفدر بعد ذلك على دفعه، فانه لا يبعد ضمانه من حيث تفريطه فى الحفظ بالسعاية اليه، وبذلك صرحوا جاذمين بالحكم المذكور، بخلاف مالوكان السعاية من غيره، أوعلم بها الظالم من غير سعاية أحد.

قالوا: ومثله ما لو أخبر اللص بها فسرقها وهو ظاهر فيما لو أخبره بمكانها، أما لوأخبره بها في الجملة فان ظاهر العلامة في التذكرة: أنه لا يضمن.

قال في المسالك بعد نقل ذلك عنه: ويشكــل مع كونه سبباً في السرقة لانه تفريط نعم لولم يقصدها اللصفاتفقت مصادفته لها توجه ذلك ، وهذا بخلاف الظالم ، فانه بسمله يضمن مطلقا ، والفــرق أن الظالم اذا علم بها أخذها قهــراً والسارق لايمكنه أخذها الا اذا علم موضعها ، انتهى .

أقول: وما ذكره في الفرق يرجع الى ماقدمناه من أنه لا يضمن في صورة اخبار السارق الامع اخباره لمكانها فلاوجه لما ذكره من الاستشكال ودعوى الضمان يكونه سبباً في السرقة وأنه تفريط، فان ذلك لايتم الامع الاعلام بالمكان كما لا يخفى، وبما ذكرناه في المقام يعلم ما في كلام بعض مشايخنا الاعلام من متأخرى المتأخرين الكرام في بعض أجوبة مسائله من الففلة في المقام، حيث سأله السائل بما صورته اذاسأل الجائرهل عندك وديعة لفلان أم لا ؟ فقال: تعم فأنفذ الى داره وأخذها، فهل يضمن الودعى أم لا ؟ فان اعتذر بأن خاف الكذب فهل يعذر أم لا ؟ فأجاب بما صورته أقول: هنا مسألتان: أما الاولى فلايضمن الودعى بمجرد اخباره فأجاب بما صورته أقول: هنا مسألتان: أما الاولى فلايضمن الودعى بمجرد اخباره واذالم ينقلها اليه وان كان السبب في اتلافه اخباره بها لكنه فعل محرماً لاعانته على المعصية، لان الدال على الشركفاعله، وأما الثانية فالكذب هنا غير حرام بل واجب، لحفظ مال المسلمين من التلف، وقد ورد في الحديث أن الله يبغض المدق في الافساد كما يحب الكذب في الاصلاح، انتهى.

فان فيه كما عرفت من كلامهم أنه متىكان هوالساعي بها الى الظالم والسبب

فى أخذها فانه يكون ضامنا ، ولاريب أنه فى اخباره الظالم بذلك بعد سؤاله له يكون قد سعى بها اليه .

ويؤكده أيضا ماذكروه وسيأتى بيانه ان شاء الله تعالى من أنه لويتمكن من الدفع وجب، ولولم يفعل ضمن ، فانه اذاكان يضمن بعدم الدفع عنها لكونه مستلزما للتغريط فى حفظها ، فلان يضمن مع اخباره بها بطريسق أولى ، الا أنى لم أقف فى المحكم المذكور على نص بالخصوص يوجب الضمان فى الصورة المذكورة ، وانكان ظاهر كلامهم الاتفاق على ذلك ، ولعل المستند فيه صدق التغريط بذلك والنصوص قددلت على الضمان معه ، وظاهر كلامه تخصيص الضمان بصورة نقلها اليه ودفعها بيده دون السعى بها .

وبالجملة فالظاهر أن كلامه هنا تاش عن الغفلة عن مراجعة كلام الاصحاب واعطاء التأمل حقه في الباب ، والله العالم .

ورابعها _ ما ذكره من أنه لو تمكن من الدفع وجب ، أى تمكن من دفع الظالم عن الوديعة ، ولااشكال في وجوبه ، لوجوب الحفظ عليه كما تقدم ، فيجب كلما توقف عليه ، فلو أهمل مع قدرته على ذلك ضمن بالتقريب المتقدم ، سوا كلما توقف عليه ، فلو أهمل مع قدرته على ذلك ضمن بالتقريب المتقدم ، سوا كان الدفع بالاختفاء والتوارى عن الظالم ، أو التوسل الى ذلك بالوسائل ، ولو توقف ذلك على دفع المال منها أومن غيرها بحيث لايندفع بدونه عادة ، قال في المسالك: الاقرب جوازه ، ويرجع به على المالك ان لم يمكن استيذانه قبل الدفع ، أواستيذان وليه ، وعدم نية التبرع ولوترك الدفع عنها بيعنها مع امكانه الدفع ، أواستيذان وليه ، وعدم نية التبرع ولوترك المدفوع ذاهب على التقديرين ضمن ، ما يزيد عما يدفعه به لاالجميع لان مقدار المدفوع ذاهب على التقديرين

وأشار بقوله: ولايجب تحمل الضررالكثير بالدفع كالجرح وأخذ المال الى أنه لوكان الضرر قليلا وجب تحمله فى دفع الظالم الا أن فيه ان ذلك مما يختلف باختلاف أقدار الناس ومراتبهم ، فرب رجل لمزيد شرفه ورفعة قـدره مكون الكلمة اليسيرة من الاذى ضرراً كثيراً فى حقه ، ورب رجل لامكون المعتبر الفرر فى حقه لمهانته وضعته ضرراً كثيراً ، الا أن يفيد بذلك فيكون المعتبر ما كان ضرراً كثيراً بالنسبة الى المؤتمن لا مطلقاً ، والاظهر حمل الضرر على ما كان كذلك فى حد ذاته عرفاً لا بالنسبة الى المؤتمن ، فلا يجوز له وان كان شريفاً على المرتمة دفع الوديعة بمجرد كلمة تؤذيه و ان كانت ضرراً كشيراً بالنسبة اليه كما تقدم ، ويؤيده أنه الاوفق بالاحتياط لبرائة الذمة .

وخامسها ما ذكره من أنه لو أنكرها وطول باليمين الى آخره ، فانه جيد اذ لاريب فى أن حفظ الامانة واجب عليه وهو موقوف هنا على هذه اليمين الكاذبة ، والاخبار قد دلت على جوازها فى أمثال هذا المقام فاذا أبيحت فى أمثال ذلك كانت هنا واجبة ، لتوقف الواجب ، وهو الحفظ عليها من باب مقدمة الواجب ، الا أنهم ذكروا أنه يورى فى يمينه للتحرز عن الكذب ان أمكن وعرفها ، والا حلف من غير تورية ، وعلله فى المسالك قال : لانه وان كان قبيحاً لا أن ذهاب حق الادمى أشد قبحاً من حق الله تعالى فى اليمين الكاذبة فيبجب ارتكاب أخف الضررين .

وفيه نظر لانًا تمنع ماذكره من قبح اليمين في هذه الحال ، بعد اذن المسارع بها ، وهو قد اعترف أيضاً بذلك بعد هذا الكلام ، فقال : لان اليمين الكاذبة عند المشرورة مأذون فيها شرعاً كمطلق الكذب النافع ، وحينتذ فأى وجه للقبح بعد الاذن الشرعى فيها .

وكيف يكون قبيحاً مع كونه واجباً كما سرح به هو وغيره في المقام، والا لزم اجتماع القبح والحسن والمسرر والنفع في شيء واحد، فيلزم الذم والمدح والثواب والعقاب في شيء واحد، وهو محال. وكون الكذب قبيحاً في حد ذاته لا يستلزم كونه هنا قبيحاً بعد ما عرفت.

ومن الاخبار التي تــــدل على ما ذكرنا هنا من أرجعية اليمــين الكاذبة

ومشروعيتها ما رواه في الكافي والتهذيب في العصن عن أبي الصباح الكناني (١) « قال : والله لقد قال لي جعفر بن محمد (صلوات الله عليه) : الى أن قال : شم قال : ماصنعتم من شيء أو حلفتم عليه من يمين في تفية فأنتم منه في سعة » ، وروى في الفقيه مرسلا (٢) قال : « قال أبو عبدالله (عليه السلام) : التقية في كل ضرورة وصاحبها أعلم بها حين نزل به » .

وروى في الفقيه والتهذيب عن السكوني (٣) « عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن على (عليهم السلام) قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : احلف بالله كاذباً ونج أخاك من الفتل » .

وروى فى الفقيه بسنده الى ابن بكير عن ذرارة (؛) « قال : قلت لابى جعفر (عليه السلام) ممر بالمال على العشار فيطلبون منا أن نحلف لهم ويخلون سبيلنا ولا يرضون منا الا بذلك : قال فاحلف لهم فهو أحلى من التمر و الزبد » .

وروى فيه أيضاً بسنده عن الحلبى (٥) « قال : سألته عن الرجل يحلف لصاحب العشور يحرز بذلك ماله ؟ قال : نعم > .

و مارواه في الكافي عن محمد بن مسعود الطائي (١) د قال: قلت لابي الحسن (عليه السلام): ان أمي تصدقت على بدار لها أو قال: بنصيب لها في دار، فقالت لى: استوثق لنفسك فكتبت اني اشتريت وأنها قد باعتنى وأقبضت الثمن فلما ماتت قال الورثة: احلف أتك اشتريت ونقدت الثمن، فان حلفت لهم أخذته،

⁽۱) الكافسي ج ٧ ص ٤٤٢ ح ١٥، التهذيب ج ٨ ح ١٠٥٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٢ ح ٢ ٠

⁽٢) القنيسه ج ٣ ص ٢٣٠ ح ١٥ الوسائل ج ١٦ ص ١٦٣ ح ٠٠

⁽٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٠ ح ٤١، التهذيب ج ٨ ص ٣٠٠ ح ١٠٢ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٢ ح ٤ ٠

⁽٤) و (ه) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٠ و ص ٢٣١ ح ١٤ و ٢١ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٣ ح ٦ و ٨٠

⁽٦) الكافي ج ٧ ص ٣٢ ح ١٧ • الوسائل ج ١٣ ص ٣٠١ ح ٥

وان لم أحلف لهم لم يعطوني شيئاً ، قال : فقال : فاحلف وخذ ما جعلت لك ، ، ونحو هـذا الخبر ما رواه في التهذيب والفقيه عن محمد بن أبي الصباح (١) عن أبي الحسن .

وأما مايدل على جواز التورية في اليمين فهو ما رواه في الكافي عن صغوان (٢) في الصحيح أو الحسن « قال : سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يحلف وضميره على غير ما حلف عليه ؟ قال : اليمين على الضمير » .

رواه في الفقيه عن اسماعيل بن سعد الاشعرى (٣) عن أبي الحسن الرضا مثله ، ثم قال : يعنى على ضمير المظلوم ، كانه بنى على مايظهر من الخبر الاتى الا أن الظاهر عندى أنه أريد بذلك جواز التورية ، وان كان في غير مقام الظلم .

وما رواه في الكافى عن مسعدة بن صدقة (٤) د قال : سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) وسئل عمّا يجوذ وعمّا لا يجوذ في النيّة على الاضمار في اليمين، فقال : قد يجوذ في موضع ، ولا يجوذ في موضع آخر ، فأما ما يجوذ فاذا كان مظلوماً فما حلف عليه ونوى اليمين فعلى نيّته ، وأما اذا كان ظالماً فاليمين على نيّة المظلوم ، .

و الظاهر أن المراد منه أن التورية انما تسح في حمال كونه مظلوماً ، و أراد الحلف للنجاة من الظالم كما هو محل البحث في المقام ، وأما لو كان ظالماً وأراد الحلف لابسات ما يدعيه ظلما فان التورية لاينفع هنا ، ولا تدفع عنه ضرر اليمين دنياً و آخرة ، بل تصير يميناً كاذبة بالنظر الى نية المظلوم .

وكيف كان فانه مستى ترك الحلف عند توقف حفظ المال عليه فأخذه الطالم فانه يضمنه لما عرفت من حسول التفريط بذلك ، وبه صرح الاصحاب أيضاً والله العالم .

⁽۱) التهذيب ج ۹ ص ۱۳۸ ح ۲۷، الفقيه ج ٤ ص ۱۸۳ ح ۲۶ ، الوسائل ج ۱۱ ص ۲۱۱ ح ۱۰

⁽۲) و (۲) و (٤) الكافى ج ٧ ص ٤٤٤ ح ٣ و ٢ ، التقيه ج ٣ ص ٢٣٣ ح ٣٠ ، الوسائىل ج ١٦ ص ١٧٩ ح ٢٠٠ .

الرابع ــالظاهر أنه لاخلاف بينهم في أن الوديعة كما تبطل بالفسخ تبطل بالموت والجنون والاغماء من أحدالطرفين ، أما على القول بكونها اذناً فواضح، وأما على القول بكونها عقــداً كما هو المشهور فلانه لا خــلاف بينهم في كونه من المقود الجائزة ومنشأن العقود الجائزة البطلان بذلككالوكالة ونحوها ، لخروج كل منهما عن أهلية التكليف بحسول أحد هذه الاسباب الثلاثة ، ولان المال انتقل الى الغمير بالموت فلايميح التصرف فيه الاباذن المالك، وهو الـوارث، وفي الجنون ونحوه قد خرج عن أهلية التكليف، و صلاحية الاذن، والتصرف فهسو في معنى الميت ، و متى ثبت البطلان كانت أمانة شرعية يجب ردها الـي المالك فوراً ، فإن اتفق أحد هذه الاسباب للمودع وجب على المستودع المبادرة الى ددها الى المالك في صورة الفسخ ، والى الوادث فيصورة الموت والى الولى والمحاكم في صورة الجنون والاغماء، واناتفق ذلك للمستودع وجب ردها الى المالك في صورة الفسخ والى الولى والحاكم في صورة الجنون والاغماء وعلى الوارث في صورة الموت قالوا: ومعنى كونها أمانة شرعية بعدذلك لنصولها في يده بغيراذ بالمالك، لكنهاغير مضمونة عليه لاذن الشارع في وضع اليدعليها الى أن يردها على وجهه، ومن حكم الامانة الشرعيه وجوب المبادرة بردها على الفو دالي المالك، أومن يقوم مقامه، فان أخرعن ذلك مع قدرته ضمن ، ولو تعذرالو سول الى المالك أو وكيله أو وليه الخاص سلمها الى الحاكم لأنه وليالغائب ، بقىالكلام حنا في أنه متىمات المودع وطلب الوادث الوديعة من المستودع مسم شك المستودع في كونه وارثاً أو في انتصار الارث فيه وأراد البحث عن ذلك ، وتحقيق الحال ، والحال أنه ليس ثمة حاكم يرجع اليه ، فهل يكون ضامنا ٩ والحال هذه ، قال في المسالك : الاقوى عدم الضمان ، خصوصاً مم الشك في كون الموجود وارثاً ، لاسالة عدمه .

وأما مع العلم بكونه وارثاً فالاصل أيضا عدم استحقاقه ، لجميع المال والقدر المعلوم انما هو كونه مستحقا في الجملة ، وهو لايقتضي انحصار الحق

فيه ، وأسالة عدم وارث آخر معارضة بهذا الاصل ، فيبقى الحكم في القابض ، وجوب البحث عن المستحق ، كنظائره من الحقوق ، انتهى .

أقول: الاشكال في قوة مارجحه (رحمة الله عليه) وقواه في صورة الشك في كونه وارثاً، وانما يبقى الاشكال في صورة العلم بكونه وارثاً مع عدم العلم بالانتصار فيه، وظاهر المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) هنا خلاف ماذكره، حيث قال في شرح الارشاد بعد أن ذكر أنه متى كان الميت أو الخارج عن صلاحية الايداع هو المالك، فيمكن و جوب السرد الى الوارث ما لفظه: الظاهر وجوبه أو جوازه وان لم يعلم الانتصار فيه، ولا يجوز مع الشك في أنه وارث، ودليل الاول الاصل عدم وارث آخر مع العلم باستحقاق الموجود، ولا يعارض بأصل عدم استحقاق الكل، لان الاستحقاق واضح، ووجود آخر مانع، وظاهر كلام البعض عدم الوجوب، بل عدم البحواذ مع عدم العلم بالمحسر، وهو محل التأمل، انتهى.

والظاهر أنه أشار بالبعض الى ما قدمنا نقله عن المسالك ، و بالجملة فالمسئلة محل توقف واشكال ، لعدم الدليل الواضح القاطع لمادة القيل والقال ، ويمكن ترجيح ماذكره المحقق المشار اليه بأنه متى علم كونه وارثاً ولم يعلم وارث سواه الابمجرد احتمال وجوده ، فان ظاهر آبات الارث وأخباره يقتضى الحكم بارثه لجميع التركة ، فقول شيخنا _ المتقدم ذكره الاصل عدم استحقاقه لجميع المال ممنوع ، فان مقتضى الادلة الاستحقاق ، للجميع لمعلومية كونه وارثا ، وانما يعارضه احتمال وجود آخر ، والظاهر أنه لادليل شرعاً على تأثير هذا الاحتمال في دفع ماعلم بظاهر الادلة المذكورة ، فانه اذا قام الدليل على أن الولد يرث أباه مثلا ، ومات الاب وله ولد مملوم ، واحتمل أن يكون له ابن آخر ، فان مقتضى الادلة وجوب دفع التركة الى الولد المذكور المعلوم كونه أخر ، فان مقتضى الادلة وجوب دفع التركة الى الولد المذكور المعلوم كونه

في صور الأمانة الشرعية وكيفية حفظ الوديعة

ثم انهم قالوا: ان من جملة أحكام الامانة الشرعية ـ مع ما تقدم من وجوب المبادرة الى ردها وان لم يطالب المالك _ أنه لا يقبل قول من هى في يده في ردها الى المالك مع يمينه ، بخلاف الوديعة ، والفرق أن المالك لم يستأمنه عليها ، فلا يقبل قوله في حقه مع أسالة عدمه ، بخلاف الوديعة ، مع ما انشم اليه من الاحسان الموجب لمنع السبيل .

ولها صور كثيرة : أحدها _ ماذكر من الوديعة التي يعرض لها البطلان ، وكذا غيرها من الامانات كالمضاربة ، والشركة ، والمارية .

ومنها مالو أطارت الربح ثوبا وتحوه الى داره .

ومنها ما لوانتزع المغصوب من الغاسبطريق الحسبة .

ومنها مالو أخذ الوديعة من صبى أو مجنون عند خوف تلفها .

ومنها ما يصير بايدى الصبيان من الاموال التي يكتسبونها بالقمار كالجوز والبيض، وعلم بها الولى ، فانه يجب عليه رده الى مالكه، أو وليه .

ومنها مالو استعار صندوقاً ونحوه أو اشتراه أو غيره من الامتعة فوجد فيه شيئاً فانه يكون أمانة شرعية ، وانكان المستعار مضمونا .

ومنها اللقطة في يد الملتقط مع ظهور المالك ، وضابطه ماكان وضع اليد عليه من غير اذن المالك مع الاذن فيه شرعاً والله العالم .

الخامس - يبجب حفظ الوديعة بما يناسب حالها ، والوجه فيه أنه حيث علم من الشارع وجوب الحفظ ، ولم يعلم منه كيفية معينة لذلك ، وجب الرجوع في ذلك الى العادة والعرف الذى عليه الناس ، كالد تانير والدراهم ، فان محل حفظها الصندوق المقفل ، والثياب منها ما يكون محل حفظه الصندوق أيضاً ، ومنها ما يكون البيت ، والدابة في الاصطبل ، والشاة في المراح وضوذلك ، ولوجمل أحدهنه الاشياء في مكان أوثق في الحفظ كالشاة والدابة في الدار المغلقة ، فاظاهر أنه مزيد احسان لا يتعقبه الضمان ، وربما قيل: بالضمان من حيث مخالفة

المعهود والمعتاد ، والظاهر ضعفه ، والظاهر أنه لافرق بين علم المودع بأن المستودع متمكن من تعصيل الحرز وعدمه ، فلوأودعه مالامع علمه أنه لاسندوق عنده ، أودابة مع علمه أنه لااصطبل عنده أو تحو ذلك ، فانه لايكون ذلك عذراً بل يجب الحفظ عليه في المكان المعتاد له متى قبل الوديعة .

قال فى المسالك . واعلم أنه ليس مطلق السندوق كافياً فى الحفظ ، بل لابد معه من كونه محرزا عن غيره ، أما بأن لا مشار كه فى البيت الذى فيه السندوق بد أخرى مع كون البيت محرزا بالقفل وتحوه ، وكون السندوق محرزاً بالقفل كذلك ، وكونه كبيراً لا ينقل عادة ، بحيث يمكن سرقته كذلك مقفلا ، وهكذا القول فى الاصطبل والمراح وغيرها انتهى .

ولا يتخلومن اشكال سيما مع علم المودع ورضاه بما هودون هذا القدد من المنبط، والظاهر أنه لا يعتبر في وجوب ضبط الوديعة وحفظها أزيد مما يعتبر من ضبط المالك لماله وحفظه له، وذيادة حرسه على حفظه، وهو لا يبلغ الى هذا المقدار، سيما ما ذكره من أن لا يشاركه في ذلك البيت الذى فيه الصندوق يد فان الانسان لا يخلو من العيال والاذواج والاولاد والخدم الذين يتسرددون في البيت دخولا وخروجاً، والانسان لا يمكنه الاحتباس في البيت لاجل المحافظة، بل يحتاج الى التردد في حوائجه من الاسواق وغيرها، وبما سرح به في المسالك من الكلام في هذا المقام سرح به الملامة في التذكرة أيضا: فقال: لو كانت له خزانة مشتركة بينه وبين ابنه، فدفع الوديمة الى ابنه ليضها في النخزانة المشتركة في مكان مشترك بينه وبين غيره، كدكان أودار مشتركة الى آخره وهو مشكل في مكان مشترك بينه وبين غيره، كدكان أودار مشتركة الى آخره وهو مشكل في مكان مشترك بينه وبين غيره، كدكان أودار مشتركة الى آخره وهو مشكل في مكان مشترك بينه وبين غيره، كدكان أودار مشتركة الى آخره وهو مشكل في مكان مشترك بينه وبين غيره، كدكان أودار مشتركة الى آخره وهو مشكل في مكان مشترك بينه وبين غيره، كدكان أودار مشتركة الى آخره وهو مشكل في مكان مشترك بينه وبين غيره، كدكان أودار مشتركة الى آخره وهو مشكل في مكان مشترك المنه الله عله في شرح الارشاد.

السادس ـ لو أودعه دابة ، والمراد بهامطلق الحيوان المحترم حتى العبد

فاما أن يأمره بالانفاق عليه أو ينهاه عن الانفاق ، أو يطلق فهيهنا صور ثلاث :

الأولى -أن يأمره وحينئذ فيجب عليه كما صرحوابه ، ويرجع بذلك على المالك، ولوأخل به كان مفرطا ضامنا ، ويحصل التفريط والضمان ، ولو بمرة واحدة ، وفي كل موضع يحصل به التفريط يكون ضامنا ، ويخرح عن كونه أميناً بمقتضى القاعدة المقررة عندهم ، من أنه لو خالف وتعدى ، فانه يخرج عن كونه ودعياً أمينا ، ولايرجع الى ذلك الا باذن جديد من المالك ، ولوامتنع المستودع من الانفاق في هذه الصورة ، فقد صرح في التذكرة بأنه متى منت مدة تموت مثل الدابة في مثل تلك المدة نظر ، فان ماتت ضمنها ، وان لمتمت دخلت في ضمانه ، وان نقصت ضمن النقصان ، قال : وتختلف المدة باختلاف الحيوان وضعفا .

الثانية - ان ينها عن الانفاق فان ترك الانفاق امتثالا لامره، قالوا: كان عاصياً لله تعالى لما فيه من تضيع المال المنهى عنه ، لانها من الاموال المحترمة التي لا يجوز اتلافها بغيروجه شرعى ، ومرجعه الى أن الانفاق (حق الله تعالى) كما هو حق للمالك ، فلا يسقط حق الله تعالى باسقاط المالك حقه ، وهل يضمن في هذه الحال استشكل ذلك في التذكرة ، ثم قرب العدم ، قال : وهوقول الشافعية كما قال : اقتل دابتى فقتلها أو أمره برمى قماشه في البحر فرماه ، أو أمره برمى قماشه في البحر فرماه ، أو أمره بقتل عبده فقتله ، فانه يأثم ولاضمان عليه ، فكذا هنا انتهى .

و الواجب في هذه الصورة رفع الامر الى الحاكم لبأمره بذلك ويبجبره عليه ، لما عرفت من عدم جواز اتلاف المال بغير وجه شرعى ، وترك الانفاق موجب لذلك ، قالوا : وللحاكم أن يستدين عليه أويبيع بسن الوديعة للنفقة ، أو بعض أمواله لذلك ، وأن ينصب أميناً من قبله ، فان تعذر جميع ذلك أنفق المستودع وأشهد ويرجع بما أنفقه مع قصد الرجوع ، ولو تعذر الاشهاد فظاهرهم الاقتصار على تية الرجوع ، فينفق بنية الرجوع كما تقدم في أمثاله .

الثالثة: أن يطلق وقد صرح في المسالك بأنه يجب التوصل الى اذنه أو اذن وكيله ، فان تعذر رفع الامر الى الحاكم ليأمره بذلك الى آخر ما تقدم في سابق هذه الصورة ، وقال العلامة في التذكرة: وان أطلق الايداع ولم يأمره بالعلف والسقى ، لانه التزم بالعلف والسقى ولم ينهه عنهما يجب على المستودع العلف والسقى ، لانه التزم بحفظها ، ولانه ممنوع من اتلافها جوعاً ، فاذا التزم حفظها تضمن ذلك علفها وسقيها ، وبه قال الشافعي ، وقال أبوحنيفة : لا يجب عليه العلف والسقى ، لانه استحفظه أياها ولم يأمره بعلفها ، وقد بينا الامر الضمنى ، انتهى .

دظاهر هذا الكلام أنه يجب على المستودع القيام بذلك كما في السورة الاولى، ولا فرق بينهما الا باعتباد كون الامر في الاولى صريحاً وفي هذه السورة ضمنيا، والا فهو مأمور في السورتين، وهو ظاهر في خلاف ماقد منا نقله عن المسالك في هذه السورة.

وأسرح منه في ذلك كلام المحقق الاردبيلي حيث قال: ثم ان الظاهر أن حكم الاطلاق هو حكم الامر بالعلف والسقى، لوجوبهما عليه، فكانه قال: وديعة عندك واعلفها واسقها، فالامر الضمني فيها هنا موجود، وحكمه حكم السريح، أشار اليه في التذكرة، انتهى، الا أنه قال في التذكرة أيضاً بعد هذه المسئلة بلا فصل: مسئلة لا خلاف في أنه لا يجب على المستودع الانفاق على الدابة والادمى من ماله، لاصالة البرائة و التضرر المنفى شرعاً، لكن ان دفع المالك اليه النفقة فذاك، وإن لم يدفع اليه فان كان المالك قد أمره بعلفها وسقيها رجع به عليه، لانه أمره بالانفاق على ماله فيما عاد نفعه عليه، فكان كما لوضمن عنه مالا يأمره وأداه عنه، وإن أطلق الا يداع ولم يأمره بالعلف والسقى ولاتهاه فان كان المالك حاضراً أو وكيله، طالبه بالانفاق عليه، أو والسقى ولاتهاه فان كان المالك حاضراً أو وكيله، طالبه بالانفاق عليه، أو أذن له بالمالك في الانفاق، فينفق ويرجع به ان لم يتطوع بذلك، وان لم يكن المالك حاضراً ولا وكيله رافع الممر الى الحاكم، الى آخر ما قدمنا ذكره

في الصورة الثانية ، بما يرجع اليه في المعني .

وأنت خبير بما في هذا الكلام من المدافعة لما قدمنا نقله عنه أولا ، فان مقتضى الاول هو حصول الامر بالانفاق ، وان كان أمراً ضمنيا ، فيجب الانفاق حينتذ على المستودع بعد قبوله الوديعة ، وهو صريح كلام المحقق الاردبيلي كما عرفت مسنداً له الى التذكرة ، كما قدمنا نقله عنه ، فأين هذا من كلامه الثاني .

ثم انسه قال فى التذكرة _ أيضا فى هسنده المسئلة الاخيرة : _ ولو تسرك المستودع الانفاق مسم اطلاق الاستيداع ولم يرفع الى المحاكم ولسم ينفق عليها حتى تلفت ضمن ان كانت تلفت من ترك ذلك ، لانه تعدى بتركه ، وان تلفت فى زمان لايتلف فى مثله لعدم العلف ، لم يضمن ، لانها لم تتلف بذلك .

قالوا: وفي حكم النفقة ما يحتاج اليه المريض من دواء ، وفي حكم الحيوان الشجر الذي يحتاج الى السقى ونحوه من الخدمة ، وحيث ينفق مع عدم الاشهاد اما لتعذره ، أو لعدم اشتراطه ، فلو اختلفا في قدره فالقول قول المستودع مع يمينه ، ولو اختلفا في مدة الايداع ، فالقول قول المودع عملا بالاصل في الموضعين .

تنبيهان:

الاول _ اطلاق كثير من عباير الاصحاب يدل على جواز أن يتولى المستودع علف الدابة وسقيها بنفسه ، أو غلامه أميناً كان ذلك الغلام أم غير أمين غائباً كان المستودع أو حاضراً ، والوجه في ذلك المجرى على ما هو مقتضى العادة من تولى الغلام والمخادم لذلك ، الا أنسه قال في المسالك _ بعد نقل ذلك : _ وليس كل ذلك جائزاً هنا بل انما يجوز تولى الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده ، ليطلع على قيامه بما يبجب ، أو مع كونه أمينا ، والا لم يبجز ، ونحو ذلك صرح في التذكرة ، والوجه في ذلك أما في جواز الاستنابة مع الحضور فظاهر .

وأما مع كونه أميناً فلقضاء العادة بالاستنابة في ذلك ، ولولا ذلك لماجاز لما يتضمنه من ايداع الودعى ، وهو غير جائز عندهم مع الامكان كما سيأتى ذكر ه انشاء الله تعالى ، ودبما قيل: بأن ذلك فيمن يمكن مباشر ته لهذا الامر ونحوه ، أما من لايكون كذلك فانه يجوز له الاستنابة كيفكان .

ورده فى المسالك بالضعف ، ولا يخلو من اشكال ، فان الظاهر أن الودعى مع علمه بان المستودع يترفع عن هذا الامر ، ولا يباشره بنفسه ، وانما يباشره خدمه مثلا ومع ذلك أو دعه ، فانه انما أو دعه لقبوله لذلك ، ورضاه بما هوعادة الرجل المذكور وطريقته الجارية فى أمواله ودوابه .

والظاهر أن المراد بالامين هنا هم من تسكن النفس الى فعله ، و أقد لا يخالف ما يؤمر به ، لاالعدل ، والا أشكل غاية الاشكال وصار الامر عضالا بذلك وأى عضال .

الثاني ـ قد صرح جملة منهم المحقق والعلامة: بأنه لا يبجوذ اخراج الدابة من المنزل الامع النسردرة، كعدم امكان السقى أو العلف فى المنزل، ولاضمان عليه، والوجه فى الاول أن النقل تصرف فيها، وهو غير جائز مع امكان تركه، والثانى فى أن الحفظ يتوقف على ذلك، فانه من ضرور بات الحيوان، ولافرق فى المنع من اخراجها لذلك بين كون الطريق أمنا أو مخوفاً، لما عرفت من أن النقل تسرف وهو غير جائز مع امكان تركه، ولا بين كون العادة مطردة بالاخراج وعدمه لما ذكر، ولابين كون المتولى لذلك المستودع بنفسه أو غلامه، مع صحبته له وعدمها، لا تحاد العلة فى الجميع.

وقرب في التذكرة عدم الضمان لو أخرجها مع أمن الطريق ، وان أمكن سقيها في موضعها ، مستنداً الى اطراد العادة بذلك ، قال في الكتاب المذكود : اذا احتاج المستودع الى اخراج الدابة لعلفها أدسقيها جازله ذلك ، لان الحفظ يتوقف عليه ولاضمان ، ولافرق بين أن يكون الطريق أمناً أو منحوفاً اذا خاف

التلف بترك السقى ، واضطر الى اخراجها من غير ضرورة العلف والسقى ، فان كان الطريق أمناً لاخوف فيه و المكنه سقيها في موضعها فالا قرب عدم الضمان ، لاطراد العادة بذلك وهو أظهر قولى الشافعي .

السابع - لاخلاف في أنه متى عين له موضعاً لحفظ الوديسة ، فانه لا يبجوذ له نقلها الى ما هو دونه ، أما لو نقلها الى ما هو أحسرز فقد ذهب جمع من الاصحاب الى الجواز ، محتجين بالاجماع ودلالة مفهوم الموافقة عليه ، وظاهر شيخنا الشهيد الثانى في المسالك التوقف في ذلك ، نظراً الى مقتضى التعيين ، ومنع دلالة مفهوم الموافقة هنا ، قال : فان الاغراض تختلف في مواضع الحفظ اختلافاً كثيراً من غير التفات الى كون بعضها أحفظ من بعض ، والاجماع على جوازه ممنوع ، بل ظاهر جماعة من الاصحاب منع التخطى مطلقا ، انتهى .

و نقل في المسالك عن الشهيد في حوا شيه على كتاب القواعد القول بعدم الجسواز هنا أيضا ، و اختاره المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) أيضاً في شرح الارشاد ، ونقله عن ابن ادريس والمحقق الشيخ على .

ولو نقلها الى المسادى فقولان: الجواذ نظراً الى أن التعيين أفاد الاذن فى حفظها فيما كان فى ثلك المرتبة ، كما فى تعيين نوع الزرع والمراكب فى الاجارة ، فانهم جوزوا التخطى الى المسادى ، لتوافق المتساويين فى النسر والنفم المأذون فيه .

وقيل: بالمنع وهو اختياره في المسالك ، قال: لعدم الدليل على جواز تخطى ما عينه ، والحاق مساويه به قياس .

أقول: والمسئلة لخلوها من النصوص في الموضعين محل توقف ، وانكان ما اختاره في المسالك في الموضعين المذكورين لا يخلو من قوة ، سيما مع أوفقيته بالاحتياط المطلوب ، بل الواجب في أمثال هذه الفروع الخالية من النصوص ، وعلى هذا فلو نقلها الى الاحرز أو المسادى ضمن ، وعلى القول بالجواذ

لاضمان عليه ، الا أنه نقل عن العلامة هنا أيضا القول بالضمان ، فانه قال : بجواز النقل اليهما والضمان مع تلفها فيهما ، و هــو مشكل ، فان قضية الجــواز تنفى الضمان كما لايخفى .

نعم لو علم الخوف عليها في المكان المعين أوظن ظناً قوياً فالظاهر أنه الااشكال في جواذ النقل ، وينبغى أن يتحرى في ذلك الاحرز ، ثم المساوى مع الامكان ، ثم الادون ، لسقوط حكم المعين في الحال المذكورة .

والظاهر أنه لا سمان عليه في السورة المذكورة ، حيث أنه مأذون فيه ، وهو محسن فيذلك ، فلا سبيل عليه ، ولونهاه المالك عن النقل عن ذلك المكان المعين ، فقد صرحوا بأنه يضمن بالنقل كيف كان ولو الى الاحرز اجماعاً ، الا أن يخاف تلفها فيه ، فانه يجوز النقل وان نهاه المالك والحال كذلك ، و قال له : لاتنقلها وان تلفت ، وعللوا ذلك بأن الحفظ عليه واجب ، ولايتم الا بالنقل ، وللنهى عن اضاعة المال ، فلا يسقط هذا الحكم بنهى المالك وان صرح بقوله وان تلفت ، و عندى فيه نظر ، لان مرجع ماذكروه الى و جوب الحفظ على النير ، مع قسد المالك اضاعة ماله واعراضه عنه ، ولا أعرف عليه دليلا ، والاسل برائة الذمة من هذا التكليف ، قولهم للنهى عن اضاعة المال مسلم بالنسبة الى مالكه خاصة ، و كذا وجوب الحفظ ، فانه بالنسبة الى المالك و فحوه ، و وجوب الحفظ على المستودع انها يعلم مع عدم قصد المالك اضاعته و اتلافه ، وأما اذا الحفظ على المستودع انها يعلم مع عدم قصد المالك اضاعته و اتلافه ، وأما اذا قصد ذلك فأى دليل يدل على وجوب حفظ الغير عليه ، مع أنه ليس بطفل ولا مجنون يجب حفظ ماله على غيره .

وبالجملة فانى لأأعرف لما ذكروه هنا وجهاً وجيهاً ، ثم انهم قالوا : لوترك تقلها والحالكما ذكر تا أثم ولاضمان ، لاسقاط المالك ذلك عنه ، وقد عرفت ما في الاثم من الاشكال أيضاً .

ولوتوقف النقل على أجرة قال في التذكرة: انه لا يرجع بها على المالك،

فانه متبرع ، واستحسنه في المسالك الا أنه احتمل أيضاً الرجوع مع نيته ، قال: لاذن الشارع له في ذلك فيقدم على اذن المالك ، ولان فيه جمعاً بين الحقين مع مراعات حق الله تعالى في امتثال أمره بحفظ المال ، انتهى .

أقول: لا يحقى ما في هذا الاحتمال، بناء على ما قدمنا ذكره من النظر.

الثامن - الظاهرأنه لاخلاف ولااشكال في عدم صحة وديعة الطفل والمجنون ولا أيداعهما ، بمعنى أنه لايترتب على ذلك أحكام الوديعة ، أما الحكم الاول - فلانه لاشبهة في عدم أهليتهما للاذن ، واللازم منه كون يدالمستودع على المال يداً عادية بغير حق ، فيضمن البتة سوا كان المال لهما أولغير هما وان ادعيا الاذن في أيداعه .

بقى هنا شىء وهوأن ظاهر جملة من الاصحاب اطلاق الضمان هناكما ذكرناه ، والاقرب كما قواه فى المسالك أيضاً أنه لوكان قبضه للوديعة بعنوان استنقاذها من يديهما ، وخوف هلاكها عندهما بنيئة الحسبة فى الحفظ ، فانه لا ضمان عليه ، لانه محسن ، وما على المحسنين من سبيل .

لكن يبجب مراجعة الولى أو الحاكم الشرعى ان أمكن ، والاكان في يده وترتب عليه أحكام الوديعة ، الا أنه لايبر عبالرد اليهما ، لافى هذه السورة ولافى الصورة المتقدمة ، للحجر عليهما المائع من ذلك ، ولا يسبر علامالرد الى الولى أو الحاكم أو هما بعد زوال المائع .

وأما الحكم الثانى فلانه لواستودعهما لم يضمنا بالاهمال ، فان المودع لهما مسع علمه بعدم تكليفهما قد أهمل ماله ، وأتلفه ، ولان الضمان بالاهمال انما يثبت حيث يبب الحفظ ، والوجوب غير متعلق بهما ، لانه من خطاب الشرع المختص بالمكلف ، فاذالم يبب الحفظ عليهما لم يترتب على الاهمال ضمان ، وهو ظاهر .

نعم لو كان التلف بغير الاهمال بأن تصرفا في الامانة وتعديا فيها فتلفت

فهل يضمنان مطلقا أم لا مطلقا أم للمميز خاصة وجوه ثلاثة .

والمختار عند جملة من الاصحاب منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك هو الشمان مطلقا ، قال : لان الاتلاف لمال الغيرسبب فى شمانه اذاوقع بغيراذنه ، والاسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيها الصغيرو الكبير ، ومثله القول فى ما يتلقانه من مال الغير ، وبأكلانه منه ، فانهما يضمنان .

ثم نقل الوجه الثانى وهو عدم الضمان مطلقا لعدم التكليف ، وتسليط مالكها لهما عليها فكان سببا قوبا ، والمباش ضعيف ، قاله فى المسالك بعد نقل ذلك ثم قال : وجوابه يظهر مما سبق ، ثم نقل الوجه الثالث وهو القرق بين المميز وغيره ، فيضمن المميز خاصة ، لعدم قصد غيره الى الاتلاف ، فكان كالدابة ثم تنظر فيه بأن المقتضى للضمان وهو الاتلاف موجود ، والمانع غير صالح للمانعية .

أما القصد فانه لامد خل له في الضمان وعدمه ، كما يعلم من نظائره ، وأما تسليط المالك فانه انما وقع على الحفظ لاعلى الاتلاف ، غاية ما في الباب أنه عرض ماله له بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ ، وهو غير كاف في سقوط الضمان عنهما لو باشراء ، بخلاف ما اذا تركا الحفظ .

أقول: والمسئلة محل توقف لعدم الدليل الواضح والركون الى هذه التعليلات في تأسيس الاحكام الشرعية سيما مع تقابلها وتدافعها لا يتخلو من الاشكال كما نبهت عليه في غير مقام مما تقدم، ثم انه على تقدير وجوب الضمان عليهما فانه صرح بأن المخاطب بالدفع هو الولى ان كان لهما مال، والاكان دينا عليهما قضائه بعد التكليف، ولا يسقط بعدم المال وقت الاتلاف، لان تعلق الحق بالذمة لا يتوقف عليه، نعم ا يبجاب التخلص من الحق عليهما يتوقف على التكليف.

أفول: وفيه من الاشكال ما في سابقه وقد تقدم في كتاب المحجر في المسئلة الثالثة: من المطلب الثاني من الكتاب المذكور من التحقيق (١) مافيه دلالة

⁽۱) ج ۲۰ ص ۲۲۹.

على عدم وجوب الضمان الذى ادعاه هذا ، وقد تقدم في الموضع المذكور أنه من باع للسفيه مالا ودفعه اليه مع علمه بذلك ، فتلف ، فان تلفه من مال صاحبه ، لانه سلطه عليه مع علمه بأنه محجور عليه ، وان فرض فك الحجرعنه بعد ذلك وتقدم أيضا النقل عن العلامة في التذكرة أن حكم المجنون والصبي حكم السفيه في ذلك ، فانهما اذا أتلفا الوديعة والعارية فالاقرب أنه لاضمان عليهما ، وهكذا الحكم فيما أتلفاه من مال الغير مطلقا .

وبالجملة فمن أراد تحقيق المسئلة ليظهر له صحة ما ذكرناه هنا فلير جع الى الموضع المذكور ، والله العالم .

التاسيع _ لوظهر للمستودع امارات الموتبأن حصل له مرض من الامراض القاتلة أوحبس للقتل وضو ذلك .

فأقوال ثلاثة: أحدها _ وجوب الردعلى المالك أو وكيله، أو الحاكم عند تغذرهما أوايداعها الثقة عند تعذره، فان تعذر ذلك أشهد عليها اختاره العلامة في التذكرة، الا أنه رجع عنه بعد ذلك الى الايصاء بها .

وثانيها _ الاشهاد على ذلك اختاره جمع منهم المحقق في الشرايع والعلامة في الارشاد .

وثالثها _ الوصية بها وقد عرفت أنه مذهب العلامة في التذكرة ، والوجه في ذلك أن حفظ الوديعة لما كان واجباً على المستودع وجب كلما يتوقف عليه الحفظ من أحد هذه الامور الثلاثة ، الا أنى لم أقف على نص في المقام يتضمن وجوب شيء همّا أوجبوه ، والاحتياط في المسئلة مطلوب بل واجب ، لخلوها عن النص وهو أحد مواضع وجوب الاحتياط عثدنا ، حيث أن المسئلة صارت بذلك من الشبهات ، حلال بين ، وحرام بين ، وشبهات بين ذلك . والاحتياط هنا في العمل بالقول الاول ، ثم انه على تقدير القول بالاشهاد ، فالظاهر أن المراد به اشهاد عدلين ، بحيث يحصل الاثبات بها لوأنكر الورثة ، أو كانواجميماً أو بعضهم اشهاد عدلين ، بحيث يحصل الاثبات بها لوأنكر الورثة ، أو كانواجميماً أو بعضهم

صفاراً ، وربما قيل : بالاكتفاء بواحد ، واليه يشير كلام العلامة في جملة من كتبه ، حيث جعل الواجب هوالايصاء بها ، وهومتحقق بدون الاشها دكذا ذكره في المسالك.

والتحقيق أن القول بالإيصاء غير القول بالاشهاد، كما قدمناذكره، وكيف كان فلو أخل بالاشهاد والوسية ضمن ، وكذا لوأخل بالرد على الوجه المتقدم ، ولكن لا يستقر الضمان الابالموت ، ولوفر ضموته فجائة فلاضمان ، وان لزم التلف اذلا يعد مقسراً والحال هذه ، والا لوجب الاشهاد على كل ودعى ، لامكان ذلك في حقه ، ولا قائل به ، ولا دليل على ماقالوا .

ويعتبر في الوسى على القول بوجوب الوسية العدالة ، والظاهر أن المراد به الامين الثقة الذى تسكن النفس الى ايصاله لها الى المالك ، ولافرق بين الاجنبى والوارث في التعيين للوساية ، والمراد بالوسية اليه بذلك أن يعلمه بها ويأمر مردها بعد الموت ، لاأن يسلمها اليه ، لانه ايداع لا يصح ابتداء كما سيأتى ذكره انشاء الله .

قال فى التذكرة: توهم بعض الناس أن المراد من الوصية بها تسليمها الى الوسى ليدفعها الى المالك ، وهو الابداع بعينه ، وليس كذلك ، بل المراد الامر بالرد من غير أن يخرجها من يده ، فانه والحال هذه مخيريين أن يودع للحاجة ، وين أن يقتصر على الاعلام والامر بالرد لان وقت الموت غير معلوم ، ويده مستمرة على الوديعة مادام حياً ، انتهى .

ولو لم يوس ولم يشهد وأنكر الورثة فالقول قولهم ، كما لو أنكسرها المورث ، لأن الأصل عدمها ، وكذا كل من يدعى عليه ، ولايمين على الورثة ، الا أن يدعى عليهم العلم بالوديعة ، لأن دعوى العين انما يتعلق بالمورث ، كما لوادعى عليهم العلم بذلك لزمهم الحلف على نفى العلم لاعلى البت ، لأن ذلك ضابط الحلف على نفى فعل الغيس .

قال فى المسالك: ومثله مالو أقر الورثة بالوديعة، ولكن لـم توجد فى التركة فادعى المستودع أنه قصر فى الاشهاد، وقال الورثة: لعلها تلفت قبل أن ينسب الى التقصير فالقول قولهم، عملا بظاهر برائة الذمة، ولايمين أيضا الامع دعواه عليهم التقسير، انتهى.

وعندى في هذا الكلام اشكال ، لان مرجعه _ كما يفهم من تتمة عبارته في المقام _ الى أن المالك يدعى بقاءها ، وتقسير الودعى في الاشهاد ، والورثة مقر ون بها ، ولكن يدعون عدم وجودها في التركة ، وأنه لعلها تلفت قبل أن ينسب المالك الى التقسير ، وظاهر هذا الكلام أن كلام المالك يتضمن دعويين أحديهما أنها كانت باقية في التركة ، وظاهر هذه الدعوى يرجع الى الورثة بأنها عندهم ، وأن انكارهم لكونها في التركة بعد الاقرار بها غير مسموع ، وثانيهما تقسير المورث بعدم الاشهاد ليتحقق المنمان ، وسقوط اليمين عن الورثة انما يتجه على الدعوى الثانية ، دون الاولى ، اللهم الا أن يحمل على أن المالك موافق على عدم وجودها في التركة ، وانما يدعى بقاءها الى وقت عروض المرض الذى هوالسبب الموجب في التركة ، وانما يدعى بقاءها الى وقت عروض المرض الذى هوالسبب الموجب للوصية ، أو الاشهاد ، فيلزم الضمان بالتغريط في ذلك ، والورثة ينكرون الوجود الى ذلك الوقت ، وحينشذ فلايتعلق الدعوى بالورثة على الوجه المذكور أولا ،

العاشر ــ لاخلاف فى وجوب رد الوديمة الى المالك متى طلبها ، وهـى باقية فى أول أوقات الامكان مسلما كان أو كافرا ، للاية وهى قوله تعالى (١) « ان الله يأمر كم أن تؤدوا الامانات الى اهلها » والروايات المتقدمة فى صدر الكتاب (٢) فان جملة منها قد صرحت بوجوب الرد ولوالى غير مسلم فلو أخل والمحال كذلك كان ضامنا ، وخل عن أبى المسلاح أنه اذا كان المودع حربياً وجب على المودع أن يحمل ما أودعه الى سلطان الاسلام ، وهوضعيف مردود بالاخبار المشار اليها

⁽١) سورة التساء ـ الاية ٨ ٥ .

⁽۲) ص ه۳۹ .

من أن كونه حلال المال مفيد بغمير الامانة ، فيجب استثناؤها للاخبار الصريحة المذكورة .

وبالجملة فالحكم مما لا يخالف فيه سواه وظاهرهم الفول بالفورية كما أشرنا اليه ، لانه حق مضيّق للادمى ، قالوا: والمراد بالامكان ما يعم الشرعى والمعقلى والعادى ، فلو كان فى صلاة واجبة أتمها ، أو بينه وبينه مانع من مطر و تحوه صبرحتى يزول ، أو فى قضاء حاجة ضرورية فالى أن ينقضى ، وهل يعد أكل الطعام والحمام ، وصلاة النافلة وانقطاع المطر الغير المانع عذراً ؟ وجهان : واستقرب فى التذكرة العدم مع حكمه فى باب الوكالة بأنها أعذار فى رد العين اذا طلبها الموكل ، وينبغى أن يكون هنا أولى ، وحيثكان وجوب الرد فورياً فانه يأتى بناء على ذلك ، وعلى أن الامر بالشىء يستلزم النهى عن ضده الخاص بطلان بناء على ذلك ، وعلى أن الامر بالشىء يستلزم النهى عن ضده الخاص بطلان النافلة مطلقا ، وكذا بطلان جميع العبادات المنافية لذلك ، الا أن الظاهر عندى كما تقدم تحقيقه فى كتب العبادات عدم ثبوت ما ادعوه ، من أن الامر بالشىء يستلزم النهى عن ضده الخاص ، بل قام الدليل على خلاف ذلك ، ولما فيه من يستلزم النهى عن ضده الخاص ، بل قام الدليل على خلاف ذلك ، ولما فيه من يستلزم النهى عن ضده الخاص ، بل قام الدليل على خلاف ذلك ، ولما فيه من إن المنب والمنبيق المنفى بالاية والرواية .

قالوا: والمراد بوجوب الرد لابمعنى مباشرته للرد وتحمل مؤنته ، كما دبما يظهر من بعض العبارات ، بل بمعنى دفع اليد عنها والتخلية بين المالك وبينها ، فلوكانت في صندوق مقفل فتحه ، وانكانت في البيت المغلق فكذلك ، وحكذا .

و لو أخر الدفع لاجل الاشهاد عليه فهل يكون ذلك عـنداً مرتفعاً به المتمان؟ أقوال: الاول نعم، ليدفع عن نفسه النزاع و اليمين لو أنكر المالك.

والثاني لا ، لان قوله في الرد مقبول ، فلاحاجة الى البيتنة ، ولان الوديعة مبنية على الاخفاء غالباً .

الثالث التفصيل بأنه ان كان المالك وفت الدفع قد أشهد عليه بالإيداع

فله الاشهاد ليدفع عن نفسه التهمة ، والا لم يكن له ذلك ، وهذا القول من حيث الاعتبار أقوى الثلاثة ، الا أن ما ادعوه من الفورية عندى محل توقف ، اذ لا أعرف عليه دليلا واضحاً أزيد من الامر بالرد مستى طلبها المالك ، والامر من حيث هو لا يقتضى الفورية ، فايجابها يحتاج الى دليل واضح ، زيادة على الامر بالرد، كما لا ينخفى ، وكونه حقاً لادمى لا يقتضى تضييقه بهذا النحو الذى ذكروه.

نعم لوفهم منه التضييق فالامركما ذكروه، ولو كان المودع غاصباً فانه لا يجوز ردها عليه ، ولا على وارثه لو طلبها ، بل يجب اعادتها على مالكها ان عرف ، ولو لم يعرف فأقوال : أحدها ماذهب اليه الشيخ في النهاية ، قال : انه يعرف فها حولا كما يعرف اللقطة ، فان جاء صاحبها ، و الا تصدق بها عنه ، وتبعه ابن البراج وهو المنقول عن ابن البعنيد أيضاً ، وبه سرح العلامة في التذكرة والارشاد ، وفي المسالك : انه هو المشهور بين الاصحاب .

وثانيها ــ ماذهب،اليه الشيخ المفيد قال : ان لم يعرف أربابها أخرج منها المخمس الى فقراء آل محمد (صلى الله عليه و آله) وأتباعهم ، وأبناء سبيلهم وصرف منها الباقى الى فقراء المؤمنين .

وقال سلاد: و أن لم يعسرف أربابها جعسل خمسها لفقراء أهسل البيست (عليهم السلام) والباقى لفقراء المؤمنة وهو يرجع الى قول الشيخ المفيد.

ثالثها ـ ما ذهب اليه أبو الصلاح قال: اذا لم يعرف صاحبها ولا من ينوب منابه حملها الى الامام العادل، فان تعذر ذلك في المسلمين فعلى المودع حفظ الوديعة الى حين التمكن من ايصالها الى مستحق ذلك، والوصية بها الىمن يقوم مقامه، ولا يجوز ردها على المودع مع الاختيار.

وقال ابن ادريس: ان لم يتعين له حملها الى الامام المادل، وان لم يتمكن لزمه الحفظ بنفسه فى حياته، وبمن يثق به فى ذلك بعد و فاته الى حين التمكن من المستحق، قال فى المختلف: وهو الاقوى، لنا أنه أحوط.

وقال في المسالك بعد نقل ذلك عن ابن ادريس وقواه في المختلف: وهو

أقول: وهو يرجع الى قدول أبى الصلاح المتقدم ، والذى وقفت عليه من الاخبار هنا ما رواه الشيخ عن حفص بن غياث (١) «قال: سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم هل يرده عليه ؟ قال: لايرده ، فان أمكنه أن يسرده على صاحبه فعل ، والاكان في يده بمنزلة اللقطة ، يعر فها حولا فان أصاب صاحبها ردها عليه والا تصدق بها ، فان جا ، بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم ، فان اختار الاجر فله ، وان اختار الغرم غرم له ، وكان الاجرله » وهذه الرواية ظاهر في ما ذهب اليه الشيخ ، وليس غيرها في المسئلة ، ولم أقف على دليل يدل على شيء من القولين الاخيرين .

قال فى المختلف _ بعد نقل الرواية _ : والجواب الطعن فى السند ، ولانسلم مساواته لللقطة ، ثم قال : على أن قول الشيخ لا يخلو من قوة ، وفيه أن الطعن بالسند لا يقوم حجة على الشيخ وأمثاله الذين لا أثر لهذا الاصطلاح عندهم ، ومنع المساواة لللقطة بعد تصريح الخبر بذلك ممنوع ، وهو انما تمسك فى قوة ما اختاده بالاحتياط ، والاحتياط عندهم ليس بدليل شرعى ، ورد الخبر بلا معارض غير معقول ولامنقول .

و قال في المسالك _ بعد الاشارة الى الخبر المذكور _ : والطريق ضعيف ، لكنه مبعبور بالشهرة ، وبه يعلم قوة ما ذهب اليه الشيخ و أتباعه .

وفى المسالك _ بعد أن استحسن مذهب ابن ادريس كما قدمنا نقله عنه _ قال : وانكان القول بجواذ التصرف بها بعد اليأس والثمريف متوجها أيضا كمافى كلمال بيأس من معرفة صاحبه ، لان فيه جمعاً بين مصلحتى الدنيا والاخرة بالتسبة

⁽١) التهذيب ج٧ ص ١٨٠ ح٧، الوسائل ج١٧ ص ٣٦٨ .

الى مالكها ، فانه لوظهر غرم له أن لم يرض بالصدقة ، فلاضرر عليه ، ثم قال بعد نقل مذهب الشيخ المفيد بد : والأجود التخيير بين الصدقة بها و ابقائها أمانة ، وليس له التملك بعد التعريف هنا ، وأن جاز في اللقطة ، و دبما احتمل جواذه بناء على الرواية ، فانه جعلها فيه كاللقطة ، وهو ضعيف ، ويمكن أن يسريد بها منزلته منزلة اللقطة في وجوب التعريف مطلقاً ، ولم يذكر من عمل بالرواية جواز التملك ، انتهى .

ولا يتخفى ما فيه من المدافعة للكلام الاول لدلالته على التملك ، وجواذ التصرف مع الضمان ، وبيان الوجه في قوة ذلك ، ودلالة هذا الكلام على عدم جواذ التملك هنا و ان جاز في اللقطة ، والمراد بجواز التملك حيث كان انما هو مع الضمان ، واحتمال العدول عما ذكر أولا ، ولاسيما مع بيان الوجه في القول الاول والتصريح بالملة و عدم التعرض لذلك في الثاني بعيد ، ومقتنى هذا الكلام الاخير حدوث قول رابع في المسئلة كما لا يتخفى ، وظاهره أن ذلك هو الحكم هنا وان لم يعرفها بالكلية .

وقال في المسالك أيضاً: وانما يبجب منع الغاسب منها مع امكانه ، فلو لم يقدر على ذلك سلمها اليه ، وفي الضمان حينتُذ نظر ، والذى يقتضيه قواعد الغسب أن للمالك الرجوع على أيهما شاء ، وان كان قرار الضمان على الغاسب انتهى .

ولومزج الغاصب الامانة بماله وأودع الجميع فقد أطلق جمع منهم المحقق في الشرايع أنه ان أمكن الودعى تمييز المالين ميزهما وردعليه ماله، ومنعه الاخر وان لم يمكنه وجب رد الجميع على الغاصب، وعلل الوجوب هنا بأن منعه منهما يقتضى منعه من ماله ، لان الغرض عدم امكان التمييز ، ومنعه من ماله غير جائز .

واستشكله في المسالمك بأن في الرد تسليطا للغاصب على مال غيره بغير حق، وهو غير جائز ، ثم قوى الرد الى الحاكم ليقسمه ان أمكن الى آخر كلامه .

أقول : وحذا الفرع أيضا كغير. من الفروع المشكلة لعدم الدليل الـواضح

فى صورة ما اذا أودع البعميع مع تعذر التمييز أوتعسره ، فهل يرد عليه البعميع لوطلبه أم لا ، أم يسرجع فيه الى الحاكم ، ولعل الاقرب الى القواعد الشرعية رفسع الامر الى الحاكم الشرعى ، فيلزم الغاصب بالا قسراد بالقدد المغصوب ، ويلزمه المقاسمة ان أمكن ولو بالصلح نيابة عن المالك ، والله العالم .

البحث الثاني في موجبات الضمان :

وهو دائر بين أمرين التفريط والتعدى فهنا مقامان: الاول: التفويسط موسر جم الى ترك ما يبجب عليه من الحفظ و نحوه ، وهو أمر عدمى بخلاف التعدى فانه عبارة عما لا يبجوز فعله كلبس الثوب وركوب الدابة و نحو ذلك ، وهو أمر وجودى والتغريط كان يطرحها في غير حرز أو يترك نشر الثوب الذى يتوقف حفظه على النشر أو يودعها غيره من غير ضرورة ، ولا اذن ، أو يسافر بها كذلك مع خوف الطريق وأمنه ، وطرح الا قمشة في المواضع التي تعفنها و ترك سقى الدابة أو علفها مدة لا تصبر عليه في العادة فتموت و نحو ذلك .

والكلام هنا يقمع في مواضع: الاول- ماذكر من أن من جملة أسباب الشمان أن يطرحها في غيرحرز.

قالوا: ويجب تقييده بما اذا طرحها و ذهب عنها ، أما لوبقى مراعياً لها بنظره لم يعد تفريطاً لان المين حرز ، الا أن يكون المكان غير صالح لوضعهافيه بحسب حالها ، وهو نوع آخر من التفريط .

أقول: ماذكر من التقييد المذكور لما كان شاذاً نادراصح الاطلاق ، لان الاطلاق النما ينصرف الى الافراد المتكررة المتعارفة الشايعة كما تقدمت الاشارة اليه في غير موضع ، وكذا عدمن أسباب الضمان تأخير الاحراز مع المكنة ، وقيده بعض المحققين بالتأخير الزائد على المتعارف ، قال : و أما اذا كان تأخيراً قليلا وفي الجملة على الوجه المتعارف فليس بموجب للضمان وهو جيد .

الثانى - ما ذكر من أنه يضمن بترك نشر الشوب الذى يتوقف على النشر، والوجه فى ذلك أنه يجب عليه الحفظ ومن جملة ما يتوقف عليه نشر الثوب الذى يحتاج الى النشر وتعريضه للهواء فى كل وقت يفتقر اليه عادة، قالوا: حتى لبسه لولم يندفع ضرره الابه.

وبالجملة فكل مايتوقف علمه الحفظ كما بيجب عند الاطلاق سقي الدامة وعلفها ، ونحوذلك مما يتوقف عليه بقاؤها ، وحفظها الا أن ينها والمالك عن ذلك فانه لايلزمه الضمان، وأن جازله الحفظ كما تقدم مثل ذلك، في نفقة الدابة، ولم أَقْف في المقام على خبر ، ولكن ظاهر هم الاتفاق على ذلك ، ومقتضى قواعد هم يقتضيه ، الا أنه قد تقدم في كتاب الرهن من الاخبار ما هوظاهر ، بل صريح في المنافاة فان جملة منها يدل على أنه لوكان الرهن ثياباً وتركه المرتهن ولم يتعهده ولم ينشره حتى هلك وتأكل فانه من مال الراهن ، مم أنه لاخلاف في أن الرهن في يدالمرتهن أمانة ، يضمنها مم التفريسط ، وبمضمون هذه الاخبار المذكودة أفتى الصدوق في المقنع أيضاً ، فقال : ان رحن عند متاعاً فلم ينشر المتاع ولم يخرجه ولم يتعهده وفسد فان ذلك لاينقص من مالمه شيئًا ، انتهى . وهوكما تريح صريح فيأنه لاشمان عليه حسب مادلت عليه الاخبار المشاراليها، ومنها صحيحة الفضل بن عبد الملك (١) عن أبي عبد الله (علسيه السسلام) قال: « سألته عن رجل رهن عنده آخر عبدين فهلك أحد هما أيكون حقه في الاخر قال: نعم ، قلت أو داراً فاحترقت أيكون حقه في التربة ؟ قال : نعم ، أودابتين فهلكت أحديهما أيكون حقه في الاخرى؟ قال : نعم، أو متاعاً فهلك من طول ماتر كه أوطعاماً ففسد، أوغلاماً فأصابه جدرى فعمى أوثياباً فتركها مطوية لم يتعاهدها ولم ينشرها حتى هلكت ؟ قال : هذا يجوز أخذه يكون حقه عليه ، ونحوها غيرها وهي كما ترى صريحة في خلاف ماذكروه من وجوب التعاهد والضمان مـم

⁽١) التهذيب ج ٧ ص ١٧٥ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٢٨ ح ١ ٠

عدمه ، لوتضرر بذلك ، ولامعارض لهافى البين الامايظهر من ظاهر اتفاقهم ، مع أنك قد عرفت خلاف العددوق فى ذلك ، ولمم أقف على من تنبه لذلك منهسم ، و (رحمهم الله) والعلامة فى كتاب الرهن من المختلف نقل عبارة العددق المذكورة شم قال : والاقرب ان على المرتهن الضمان ، لان ترك نشر الشوب المقتقر الى نشره يكون تفريطاً والعفرط ضامن ، انتهى .

وهو مؤذن بغفلته عن الاخبار المذكررة ، وعدم اطلاعه عليها ، والاكان الواجب ذكرها ، لانها مستندة في هذه المسئلة ، والجواب عنها ، وبالجملة فالمسئلة عندى لما عرفت محل توقف واشكال ، والله العالم .

الثالث ـ ما ذكر من أنه يضمن مع ايداعها الغير من غير ضرورة ولا اذن ، وهو مما لاخلاف فيه عندهم ، قال في التذكرة : اذا أود المستود الوديعة غيره فان كان باذن المالك فلاضمان عليه اجماعاً ، لا تتفاء العدوان ، وان لم يكن باذن المالك فلا يتفاو المائن يودع من غير ضرورة ، أو بعذر ، فان أودع بغير عذر ضمن اجماعاً لان المالك لم يرض بيد غيره وأمانته ، ولا فرق في ذلك الغير بين عبده أو زوجته أو ولده أو أجنبي عند علمائنا أجمع ، انتهى .

ومقتنى كلامهم انه يسقط الضمان بأحد شيئين : أحدهما الاذن ، فانه يجوز الايداع على النحو المأذون به ولاضمان ، وثانيهما العذر كخوف سرقة أو نهب أوحرق أو أراد سفراً الا أن ظاهر هم هنا هوأن الواجب أولا ردها الى المالك أو كيله ان امكن ، والا فالى الحاكم ، لانه قائم مقام المالك شرعاً مع تعذره ولا يسمى هذا ايداعاً ، ومع عدم امكان الحاكم فانه يودعها الثقة ، وهذا هو الخارج بالقيد المذكود ، فلو دفعها الى الحاكم مع امكان الدفع الى المالك أو وكيله ضمن كما أنه لو دفعها الى القد مع امكان الدفع الى العالك أو وكيله من ايداع الغير بدون أحد الوجهين المذكوين ، بين أن يكون الغير مستقلا بها ، أو شربكا فى الحفظ بحيث تغيب عن نظره .

قال في المسالك: وهوموضع وفاق، ولانه تسرف في مالى الغير بغيراذنه، قال: وفي حكم مشاركته في الوديعة وضعها في محل مشترك في التصرف، بحيث لا يلاحظه في سائر الاوقات نعم لوكان عند مفارقته لضروراته يستحفظ من يثق به ويلاحظ الحرز في عوداته، رجح في التذكرة اغتفاره لقضاء العادة به ولانه ايداع عندالحاجة، ثم قال: ولو فوض الحفظ الي الغير لالضرورة أو أشركه أو لم يحرز عنه ضمن، انتهى.

ولو أودعها من غيراذن ولا خروة ضمن ، وكان لصاحبها أن يرجع على من يشاء منها لو تلفت ، فان رجع على المستودع الأول فلا رجوع له على الثانى ، وان رجع على المستودع الأانى أن يرجع على المستودع الاول ، لانه دخل معه على أن لا يضمن كذا ذكره في التذكرة .

والوجه فيه أن الحكم هنا كما في الفاصب، وقدذ كروا ثمة أنه مع رجوع المالك على أيهما شاء، فان الجاهل منهم بالغصب يرجع على من غره، فسلطه على مال الغير، ولم يعلمه بالحال، وأما العالم فلا رجوع له فهيهنا أيضا كذلك فمتى رجع المالك على المستودع الاول، فانه لارجوع للمستودع الاول على الثانى، لعلمه بعدم جواز مافعله، فقد سلطه على السلافه، بخلاف رجوع المالك على المستودع الاول.

الرابع - ما ذكر من أنه يضمن مع السفر بها على الوجه المذكور، والظاهر أنه مما لاخلاف فيه، قال فى التذكرة: لوعزم المستودع على السفركان له ذلك، ولم يلزمه المقام لحفظ الوديعة، لانه متبرع بامساكها، ويلزمه ردها الى صاحبها أو وكيله، والا فالحاكم، ويجب عليه قبولها، لانه موضوع للمسالح فان لم يجدد فعها الى أمين، ولا يكلف تأخير السفر، لان النبي (صلى الله عليه وآله) كانت عنده ودايع، فلما أراد الهجرة سلمها الى أم أيمن، وأمر علياً (عليه السلام)

أن يردها ، فان ترك هذا الترتيب فدفعها الى الحاكم أوالامين مع امكان الدفع الى المالك أو وكيله ضمن ، ولا يجوز أن يسافر بها ، فان سافر بها مع القدرة على الرد على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الامين ضمن عند علمائنا أجمع ، سواء كان السفر مخوفا أو غير مخوف ، انتهى .

قيل: والمراد بتعذر الوصول الى المالك أو وكيله أو الحاكم المشقة الكثيرة الراجعة الى التعسر ، لان ذلك معتى هذا اللفظ عرفاً ولغة ، لما في التزامه بتحمل ما يزيد على ذلك من الحرج والضرر المنفيين ، وهو جيد .

بقى الكلام فى مالو اضطر الى السفر بالوديعة بأن يضطر الى السفر ، وليس فى البلد حاكم ولا أمين ولم يجد المالك ولا وكيله أو اتفق فى البلد ما يوجب الخروج من حريق أو غارة أو نهب ، ولم يجد أحداً من هؤلاء المذكورين . فان ظاهرهم جواز السفر بها ، ولاضمان وادعى عليه فى التذكرة الاجماع ، قال : لان حفظها حينئذ فى السفر بها والحفظ واجب ، واذ لم يتم الا بالسفر بها كان السفر بها واجباً ، ولا نعلم فيه خلافاً أما لوعزم السفر من غيرضرورة فى وقت السلامة وأمن البلد وعجزه عن واحد هؤلاء المذكورين و سافر بها فالاقرب الضمان لانه التزم الحفظ فى الحضر ، فليؤخر السفر أو يلزم خطر الضمان ، انتهى .

وظاهر آخر كلامه جواز السفر من غير ضرورة مع العجز عن أحد هؤلاء واستصحاب الامانة مع التزام الضمان ، ومنعه في المسالك في الصورة المذكورة فقال بعد نقل ذلك عنه : والاجود المنع ، وهو الاقرب الى جادة الاحتياط المطلوب في أمثال هذه المقامات الخالية من النصوص .

وكيفكان فالضمان مما لا اشكال فيه ، فان ظاهر اطلاق الايسداع والحفظ انما ينصرف الى الحضر ، ولان السفر لا يخلو من خطر في الجملة ، ويؤيده أنه الاوفق بالاحتياط .

تنبيهات :

أحدها _ قال في التذكرة: لو عزم المستودع على السفر فدفن الوديعة ثم سافر ضمنها ان كان دفسن في غير حرز ، قان دفتها في منزله في حرز ولم يعلم بها أحداً ضمنها أيضاً ، لانه غرر بها ، ولانه دبما هلك في سفره فلا يعل صاحبها اليها ، لانه دبما خرب المكان أو غرق فلا يعلم أحد مكانها ، قان أعلم بها غيره وكان غير أمين ضمن ، لانه قد زادها تشييعاً ، وان كان أميناً ولم يكن ساكناً في الموضع ضمنها ، لانها لم يودعها عنده ، وان كان ساكناً في الموضع قان كان مع عدم صاحبها والحاكم جاز ، لان الموضع وما فيه في يعد الامين ، والاعلام كالايداع ، انتهى .

وثانيها _ هل المراد بالسفر هنا هـو السفر الشرعى أعنى قصد المسافة أو ما هو أعم منه ومن العرفى كالتردد فيما دون ذلك ، قال فى شرح القواعد : لم أقف على تحديد ، والمتبادر منه شرعاً قصد المسافة ، فعلى هذا لايبجب الرد الا بالمخروج الى مسافة ، وهو مشكل لانه متى خرج المستودع من بلد الوديعة على وجه لايعد فى يده عرفاً يجب أن يقال أنه ضامن ، لانه أخرج الوديعة من يده ، فقصر فى حفظها فيضمن ، وينبغى الجزم بأن تردده فى البلد وماحوله فى المواضع التي لايعد المخروج اليها فى المادة خروجاً عن البلد وانقطاعاً عنه كالبسائين وضعوها لايبجب معها رد الوديعة ، ومن تعذر الحاكم والثقة كذا ذكره المحقق الاردبيلى فى شرح الارشاد ، وهل الجميع من كلام الشرح أو معزوجاً بكلامه احتمالان ، حيث أنه لا يحضرنى الان الشرح المشار اليه .

وقال في المسالك: وأما السفر فالاولى حمله على العرفى أيضاً لا الشرعى ، فعلى هذا لايجوز استصحابها في تردداته في حوائجه الى حدود البلد ، وما قاربه من القرى التي لايعد الانتقال اليها سفراً مع أمن الطريق ، ولايجوز ايداعها في مثل ذلك مع امكان استصحابها ، كما لايجب ردها على المالك ، انتهى .

وقال المحقق الاردبيلي _ بعد ذكر ما قدمنا ذكر منقلا عنه من كلام شرح القواعد وكلام في البين ونعم ما قال : فانه الحق الحقيق بالامتثال _ : واعلم أنه ليس في الايات والاخبار ما يمنع السفر بالوديعة ، ولا عدم السفر للودعي الا بأن يسلمها الى المالك أو الى الحاكم أو يودعه عند ثقة ، حتى يجب علينا تحقيق السفر ، بل هو كلام الفقها ، بل فقها العامة .

ثم قاله الاصحاب أيضاً ، والذي علم أنه يبجب حفظها على ما يقتضيه العرف والفادة في ذلك الشيء ومن مثل ذلك الشخص كما أشرنا اليه ، فيجوز لـ ه فعل كل شيء مالم يكن تركا للحفظ عرفاً ، ولا يبجب الكون عندها بعد وضعها في الحرز ، انتهى وهو جيد وجيه كما لا يخفى على الفطن النبيه .

والمفهوم من كلام العلامة في التذكرة ـ بالنظر الى سياق البحث ـ أن المراد بالسغر الشرعى ، فانه الذي يدور عليه كلامه وتمثيلاته ، وان لـم يصرح بشيء من الغردين المذكورين .

وثالثها ــ ما تقدم في عبارة التذكرة من وجوب القبول على الحاكم لوعزم على السفر ، ولم يتمكن من الدفع الى المالك أووكيله ، قد صرح به في القواعد أيضاً ، فقال : والاقرب وجوب القبض على الحاكم ، وكذا المدين والغاصب اذا حملا الدين والغصب اليه ، وعلل الشارح وجه القرب قال : لانه منصوب للمصالح ولو لم يجب القبض فاتمت المصلحة المطلوبة من نصبه ، وهمو الاصح ، ويحتمل ضعيفا العدم ، تمسكاً باصالة البرائة ، وهو يرجع الى ماذكره في التذكرة .

وفيه أنه لا دليل على ما ذكروه ، من أن الغرض من نصبه هو ذلك ، بل غاية مايفهم من الاخبار أنه منصوب للحكم والقضاء والفتوى خاصة ، وهى الاخبار الدالة على نيابته عن الامام (عليه السلام) وكما لم يقم دليل على وجوب ذلك على الامام (عليه السلام) الذي هو المنوب عنه في الاحكام ، كذلك لم يقم بالنسبة على الم غاية أخبار النيابة انما هو ما ذكر ناه ، على أنه اذا كان الغرض من

الدفع اليه انما هو الحفظ للمالك، فهو غير منحصر فيه، بل يحصل ذلك بالثقة. وبالجملة فاني لاأعرف لما ذكروه من الوجوب هنا دليلا واضحاً.

ورابعها ــ أنه ينبغى أن يعلم أن جواز السفر لضرورته أوضرورتها مشروط بأمن الطريق ، فلو كان مخوفاً علماً أوظناً بظهور بعض الامارات فظاهرهم أنه لا يجوز السفر بها والحال كذلك ، فلوسافر ضمن ، لانه تعزير بها ، قالوا : حتى لوفر ض الخوف أيضاً في الحضر ، و تعارض الخطران رجح الاقامة ، لان السفر في حدداته خطر ، فاذا انهم اليه امارة الخوف زاد خطره على الخطر ، والله العالم .

النخامس - ما ذكر من أنه يضمن بطرح الاقمشة في المواضع التي تعفنها والمراد طرحها كذلك مدة يمكن حصول التعفن فيها ، فلو لم يكن كذلك بأن طرحها مدة لا يحصل ذلك بل يقطع بعدم التضرر فلاضمان ، فائمه لا يعد تفريطاً يوجبه ، ومثله وضع الكتب التي يخاف عليها من النداوة المفسدة بها ، وتحوذلك والمرجع في الجميع في ذلك الى اشتراط كون الموضع صالحاً للوديعة بحسب حالها وما يتاسبها مكاناً وزمانا ، الا أنك قد عرفت في الموضع الثاني ما ينجر به المناقشة الى حذا الحكم في حذا الموضع أيضاً والله العالم .

السادس ما ذكر من الضمان مع ترك سقى الدابة أو علفها مدة لاتصبر عليه فتموت ، فاقله لاخلاف فيه الا أن تخصيص الضمان بذلك محل اشكال كما سيظهر لك انشاء الله .

وكيفكان فانها لوماتت بغيره ، فانه لايضبن ، وكدنا لوماتت في زمان لانتلف في مثله لم يضبن أيضا ، لانهالم تتلف بذلك ، صرح به في التذكرة ، وقد تقدم نقله عنه آنفا ، وكذا لايضبن لوكان بهاجوع وعطش سابق لايعلم بهما فماتمت بهما ، بحيث لولا التقصير لما ماتت ، أما لوكان عالماً بهما فانه يضبن ، ولولم تمت بذلك بل نقست ضمن النقصان .

أذا عرفت ذلك فاعلم أن عبارات الاصحاب في هذا المقام لايخلو من اختلاف

واضطراب ، فان المغهوم من بعضها أن مجرد الترك ولو مرة واحدة تغريط موجب المضمان ، وكذا مجرد المخالفة لما أمر به المالك وان لم يترتب عليه الغوات ، ومتى تحقق الضمان زال حكم الوديعة كما تقدم ذكره مالم يحصل إيداع جديد، والمفهوم من بعضها تخصيص الضمان بترك العلف والسقى مدة لاتصبر عليه فماتت ، كما عرفت من العبارة المتقدمة ، وهو مؤذن بتخصيص الضمان بصورة الموت ، و نحوها السور الملحقة بها ، وكذا مجرد التقصير في الحفظ لايوجب ضماناً الا مع التلف ، ولهذا قال في المسالك ونحم ما قال بعد ذكر عبارة المصنف بنحو ما قدمنا ذكره ما صورته . : واعلم أن الواجب علفها و سقيها بحسب المعتاد لامثالها ، فالنقصان عنه بعد تفريطاً بسواء صبرت عليه أم لا ، و متى عد تفريطاً صار ضامناً لها ، وان مات بغيره ، هذا الذي يقتضيه قواعد الوديعة .

وحينتُذ فتعليق المصنف الحكم على حوتها بسبب ترك ذلك مدة لاتصبر عليه عادة ان أريد به هذا المعنى ، فلا اشكال من هذه الحيثية ، لكن يشكل اختصاص حكم الضمان بموتها به ، مع كونها قد صارت مضموتة بالتغريط ، ومن شأن المضمون به أن لاتفتر ق الحال بين تلفه ونقصه بذلك السبب وغيره ، وسيأتى له نظائر كثيرة في كلام المصنف وغيره .

وان أراد به معنى آخر أخص مما ذكر ناه كما هو الظاهر أشكل الحكم بماسبق، و من توقف الضمان على ترك هذه المدة مع أن الواجب القيام بالمعتاد منه، وبتركه يتحقق التفريط، وفي عبارة العلامة ماهو أبلغ مما هنا، قال في التذكرة: لوامتنع المستودع من ذلك، وعنى به العلف والسقى حتى منت مدة يموت مثل الدابة في مثل تلك المدة، نظران ماتت ضمنها، وان لم تمت دخلت في ضمانه، وان نقصت ضمن النقصان، وان ماتت قبل منى تلك المدة لم يضمنها، هذه عبارته، وقد علق الضمان فيها كما ترى على ترك ذلك مدة تموت فيها عادة، لاتأخيره زيادة عن العادة، ولازيادة على ما تصبر عليه عادة، انتهى.

279

وبالجملة فالمسئلة لاتخلو من الاشكال ، لعدم الدليل الواضح في هذا المجال ولم أقف في المقام الا على مارواه ثقة الاسلام في الكافي عن محمد بن الحسن (١) في الصحيح ‹ قال : كتبت الى أبي محمد (عليه السلام) رجل دفع الى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره ، فنناعت هل يجب عليه اذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه ، فوقع (عليه السلام) هو ضامن لها إنشاء الله ، .

ورواه في الغقيه (٢) هكذا ‹ رجل دفع الى رجل وديمة و أمره أن يضعها في منزلــه أولم يأمره فوضعها في منزل جاره، الي آخر ما تقدم و مـودد الخبر. وقوع التلف بالمخالفة ، وهو مما لا اشكال فيه ، انما الاشكال في الضمان بمجرد المخالفة وان لم يترتب عليه التلف ، كما هو ظاهر شيخنا المتقدم ذكره وغيره.

المقام الثاني في التعدى : وقد عرفت أنه عبارة عن فعل ما لايجور فعله ، قالم : مثل أن ملس الثوب أويس ك الدابة أويخرجها من حرزها لينتفع بها ، وكذا لوطلبت منه فامتنع من ردها مع الامكان، فالله يضمن أيضاً ، و نحوه لو جهدها ثمم قامت عليه البينة ، اد اعترف بها ويضمن بالخلط بماله على دجمه لايتميز ، ويضمن أيضاً بفتح الكيس المختوم ، وكذا لو أودعه كيسين فمزجهما ويضمن لو حمل الدابة أثقل مما أذن له فيه ، أو أشق ولو أودعه المالك في حرز مقفل ففتح القفل وأخذ بعضها ضمن الجميع، ولو لم يكن في حرز أوكان الحرز من الودعي وأخذ بعضها ضمن ما أخذ خاصة .

والكلام في تحقيق هذه المواضع يقتضي بسطه في موارد : الاول ـ ماذكر هن العنمان ملس الثوب وركوب الدابة ويجب تقييده بما أذا لم يتوقف الحفظ علمهما ، والا كان واجبا فضلا عن أن يكون جائزاكما لوكان الثوب من السوف يتوقف حفظه من الدود على لبسه ، بحيث أنه لايندفع ذلك بمجرد النشر في

⁽١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٩ ٠

⁽٢) الفقيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٨٨٠، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٩ ح ١ ٠

الهواء وكذا الدابة لو توقف نفلها الى الحرز أوسقيها على وكوبها ، وفي حكم الثوب الكتب المودعة ، فلو توقف حفظها على المطالعة فيها ، أو النسخ منها لم يكن ذلك تعديا .

قال في التذكرة: ولو استودع ثياب صوف وجب على المستودع نشرها وتعريضها للريح ، لئلا بفسدها الدود ، ولولم يندفع الفساد الا بأن يلبس ويفتق به رائحة الادمى وجب على المستودع لبسها ، وان لم يفعل ففسدت بترك اللبس أو تعريض الثوب للربح كان ضامناً ، سواء أمره المالك أو سكت عنه .

أقول قد عرفت في الموضع الثاني من المقام الاول (١) ما في هذا الكلام من الاشكال والداء العضال لدلالة الاخبار على عدم الضمان في صورة عدم التعريض للهواء ، وعدم وجوب ذلك وان هلك بطول المكث ، كما هو ظاهر الصحيحة المتقدمة ، و يحوها غيرها مما تقدم في كتاب الرهن (٢) و كما يضمن في الصورة المذكورة ، كذا يضمن عندهم لوأخرج الثوب من محله ليلبسه والدابة ليركبها ، فانه يضمن أيضاً ، وان لم يلبس ولم يركب كذا ذكره في التذكره ، قال : لان الاخر اج على هذا القصد خيانة ، فوضع يده على مال الغير خيانة وعدواناً من غير أمانة فيكون ضامناً انتهى .

ولونوى ذلك ولم ينصرج شيئًا منهما عن محله ولم يستعمله ، و كذا لونوى أخذ الدراهم من الكيس ولم يأخذ ، قال في التذكرة في الضمان اشكال ، ينشأ من أنه لم يحدث في الوديعة فعلا ولا قولا ، فلا يضمن ، ومن أنه قصد الخيانة فسار خائنا ولا أمانة للخائن فيكون خائنا ضامنا ، ثم انه صرح أيضاً بأنه لوأخذ الوديعة من المالك بقصد الخيانة ، فالاقوى الضمان ، لانه لم يقبضها على سبيل الامانة ، فلايكون أميناً بل خائنا ضامنا .

⁽١) ص٠٣٤ .

⁽۲) ج ۲۰ ص ۲۳۶ .

وفيه أن الظاهر أن صدق الخائن عليه شرعاً وعرفاً لايعصل الا بفعل ما يوجب الخيانة ، لابمجرد النية ، والا لصدق علىمن نوى الزنا ولم يزن أنه زان ، ونحو ذلك ، ولاريب فى بطلائه .

الثانى . ما ذكر من الضمان لوطلبها المالك أومن يقوم مقامه فامتنع من ردها مع الامكان .

أقول: أما وجوب الرد مسع الطلب فلاريب فيه للاية والروايسة قال الله تعالى (١) و ان الله يامركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها ، والاخبار بذلك قد تقدمت في صدر الكتاب (٢) والامر بالرد فورى عندهم ، وأما وجوب الضمان في السورة المذكورة فالظاهر أن دليله الاجماع على أن التقسير موجب للضمان، ولم أقف على نس في ذلك ، وقد تقدم في الموضع العاشر من البحث الاول (٣) تحقيق معنى الرد وتفسيل الكلام في هذا المقام .

فروع:

الاقل - قال فى التذكرة: لو أمره المالك بدفع الوديعة الى الوكيل فطلبها الوكيل لم يكن له الامتناع، ولا التأخير مع المكنة، فان فعل أحدهما كان ضامنا، وحكمه حكم ما لوطلب المالك فلم يردعليه، الا أنهما يفترقان فى أن المستودع له التأخير الى أن يشهد المدفوع اليه على القبض لان المدفوع اليه و حو الوكيل لو أنكر الدفع صدق بيمينه، وذلك يستلزم ضرر المستودع بالغرم انتهى.

أقول: مرجع الغرق بينهما الى أنه في صورة انكار الوكيل الدفع يحتاج المستودع الى البينة، ومع عدمها يمين المنكر، لان هذا الغرد أحد أفراد الكلية

 ⁽١) سورة النساء ـ الآية ٨٥ .

⁽۲) ص ه۳۹ .

⁽٣) ص٢٦٤ .

القائلة (١) دبأن البينة على المدعى ، واليمين على المنكر » وأما فى سورة انكار المالك لـوادعى الودعى الدفع اليه فانه وان كان أيضاً أحد هما مدعياً والاخر منكراً الا أنه من حيث كونه أميناً ومحسناً وقابضاً لمصلحة المالك فالقول قوله بيمينه ، ولايكلف البينة كما هى قاعدة الامين فى أى موضع كان ، فهى مستثناة من القاعدة المذكورة بالنصوص الكثيرة هذا هوالمشهور .

وقيل: ان عليه البينة في دعوى الرد على المالك أيضاً ، عملا بالقاعدة المذكورة ، والاظهر ضعفه عملا بالاخبار الدالة على حكم الامائة ، وأنه يقبل قول الامين بيمينه ، والوديعة من جملتها كما تقدم ذكره .

الثانى: لوقال المالك له: رد الوديعة على فلان وكيلى ، فلم يطلب الوكيل الرد، قال فى التذكرة: ان لم يتمكن المستودع من الرد فلاضمان عليه قطعاً ، لعدم تقسيره ، وان تمكن من الرد احتمل الضمان ، لانه لما أمره بالدفع الى وكيله فكانه عزله ، فيصير ما فى يده كالامانات الشرعية .

الثالث - قال في التذكرة أيضاً : لوأمره المالك بالدفع الى وكيله أو أمره بالايداع لما دفع اليه ابتداء ، فالاقرب أنه لا يجب على المدفوع اليه الاشهاد على الايداع ، بخلاف قناء الدين ، لان الوديعة أمانة .

وقول المستودع مقبول في الرد والتلف ، فلا معنى للاشهاد ، ولان الودايع حقها الاخفاء بخلاف قعناء الدين ، وهو أظهر وجهي الشافعية .

أقول: فيه أنه قد سرح في الفرع الاول بأن للودعي التأخير عن الدفع الى الوكيل الى أن يشهد له على القبض، لما يلزم بعدم الاشهاد من المنرد عليه لوأنكر الوكيل القبض، وقد بينا الوجه فيه، وهنا نفي الوجوب عنه، وهذا لا يبجامع الحكم الاول، لان مقتضى ماذكره أولا أنه لا يبجب على الودعى الدفع الامع الاشهاد له بالقبض، ومقتضى هذا الكلام أنه لا يبجب على الوكيل الاشهاد،

⁽١) الفقيه ج ٣ ص ٢٠ ح ١، الوسائل ج ١٨ ص ١٧١ ح ٥ .

واللازم من ذلك أنه لايجب على الودعى الدفع في صورة أمر المالك بالدفع، كما هو المفروض في كل من الموضعين، ولاريب في بطلانه، وقوله في الكلام الاخير لان قول المستودع مقبول في الرد انما هو مسلم بالنسبة الى دعواه الرد على المالك لما عرفت، بناء على القول المشهود.

وبالجملة فان الظاهر عندى هو التدافع فيما ذكره في هذين الكلامين الثالث ماذكر من الضمان لوجحد ها ثم قامت عليه البيئة أو اعترف بها وعلل بأنه انما كان الجحود موجباً للضمان ، لانه خيانة ، حيث انه بانكاره يزعم أن يده عليها ليست نيابة عن المالك ، فلا يكون أمينه ، فيصير يده عليها يد ضمان لا يحد وديعة وأمانة .

قالوا: ويعتبر فى تحقيق الضمان بالبحود أمور: الاول - أن يكون بعد طلب المالك لها ، فلو جحدها ابتداء أوعند سؤال غيره لم يضمن ، لان الوديعة مبنية على الاخفاء فانكاره بغير طلب يوجب الرد أقرب الى الحفظ ، ولولم يطلبها المالك لكن سأله عنها فقال: لى عندك وديعة فجحد فلهم فى الضمان قولان: أحدهما ما اختاره فى التذكرة ، وهو العدم ، لانه لم يمسكها لنفسه ولم يقر يده عليها بغير رضى المالك ، حيث لم يطلبها ، ومجرد السؤال لا يبطل الوديعة ، ولا يرفع الا مانة .

وثانيها _ ما اختاره الشيخ على (رحمه الله) واستوجهه في المسالك من ثبوت المنان ، قال المحقق المذكور : لأن جحوده يقتضى كون يده ليست عن المالك لأن نفي المازوم يقتضى نفي لازمه من حيث هو لازمه ، فلا يكون أميناً عنه فيضمن.

الثانى ــ أن لايظهر ببحوده عذراً بنسيان أو غلط أو تعوهما فانه لايضمن ان صدقه العالك على العــذر والا ففى الشمان وجهان : واستقرب فى التذكرة الشمان ، و وجهه يعلم مما سبق .

دفي المسالك أن عدم الضمان لايخلو من وجه .

الثالث .. أن لايكون الجحود لمصلحة الوديعة بأن يقصدبه دفع ظالم أد

متغلب على المالك أو نحو ذلك ، لانه محسن في ذلك ، وما على المحسنين من سبيل .

الرابع -ما ذكر من الضمان بالخلط بماله على وجه لايتميز ، قال فى التذكرة : اذا مزج المستودع الوديعة بماله مزجاً لايتميز أحدهما عن صاحبه كدراهم مزجها بمثلها أود نافير بمثلها ، بحيث لايتميز بين الوديعة وبين مال المستودع أو مزج الحنطة بمثلها ، صاد ضامناً ، سواء كان المخلوط بها دونها أو مثلها ، أو أذيد منها ، انتهى .

ومرجع ذلك الى اشتراك الجميع فى التعدى الناشى عن التصرف فى الوديعة تعرفاً غير مشروع ، وتعيبها بالمزج المغنى الى السركة الموجب الى المعاوضة على بعض ماله بغير رضاه عند القسمة ، ولاريب أن الشركة عيب ، وربما يفهم من قوله بماله أنه لوكان الخلط بمال المالك لم يضمن ، وليس كذلك بل يضمن أيضاً كما صرح به فى التذكرة فى تتمة كلامه ، حيث قال : ولو مزجها بمال مالكها بأن كان له عنده كيسان وديعة ، يمزج أحدها بالاخر بحيث لايتميزضمن أيضا ، لانه تصرف غير مشروع فى الوديعة ، وربما ميز بينهما لفرض دعى اليه والخلط خيانة ، انتهى .

وسيأتى الكلام فى ذلك أيضاً انشاء الله تعالى ، وكما يضمن فى السورتين المذكورتين ، فكذا فيماً لوخلطه بمال مغصوب ، بل هو أشد الجميع أو بمال يكون عنده أمانة بغيرالوديعة ، لسدق التصرف المنهى عنه فى الجميع .

وفى التغييد بعدم التمييز بين المالين اشارة الى أنه لو تميز المالان فلاضمان وهو كذلك عندهم ان لم يستلزم المزج أمراً آخر موجباً للضمان ، كما لوكان المال في كيس مختوم، فانه وان لم يضمن بالمزج من حيث التميز الا أنه يضمن من حيث فكه الختم الذي على الكيس كما سيأتي ذكره انشاء الله تعالى .

النخامس - ما ذكر من الضمان بفتح الكيس المختوم، قال في التذكرة: لو أودعه عشرد راهم مثلا في كيس، فان كان مشدوداً أومختوماً فكسر النختم وحل

الشداد أو فعل واحداً منهما ضمن ، لانه حتك الحرز على ما تقدم ، وظاهرهم أنه لافرق في الضمان بكس الختم وحل الشداد وبين أن يأخذ من الكيس شيئاً وعدمه ولا في الختم بين أن يكون مشتملا على علامة للمالك وعدمه ، لاشتراك الجميع في العلة الموجبة للضمان ، وهي حتك الحرز والتصرف المنهى عنه ، ومثله الصندوق المقفل لوفتح قفله ، هذا كله اذا كان الختم والشد من المالك ، فلو كان ذلك من الودعى فلاضمان ، اذلا حتك ولا تصرف فيما فعله المالك ، الا أن يكون ذلك بأمر المالك ، فانه عند هم في حكم فعل المالك ذلك .

بقى الكلام فى أنه ربما كان القصد من الختم أو الشد انما هو الحفظ والمنع من الانتشار دون الاخفاء، وعدم الاطلاع على ذلك، والفارق بين الامرين القرائن فانه لا يبعد عدم الضمان فى الصورة الاولى، وبه جزم فى المسالك وحيث يضمن للمظروف بفتح الظرف على الوجه المتقدم، فهل يضمن الظرف أيضاً أم لا ؟ وجهان بل قولان : أولهما _ اختاره فى المسالك قال : للتعرف فيه المنهى عنه ، وثانيهما _ استقربه فى التذكرة ، لانه لم يقصد النحيانة فى الظرف وضعفه فى المسالك بأن قصد النحيانه لا دخل له فى الضمان ، بل التصرف ، قال : وقد استشكل فى حكم ما لو عد الدراهم غير المختوم أو وزنها أو ذرع الثوب ، مع أن مقتضى تعليله عدم الضمان ، ولوخرق الكيس المختوم فان كان الخرق تحت النخم ، فهو كفن (١) عدم النختم ويزيد ضمان الظرف أيضاً وان كان فوق الختم فليس الا ضمان الظرف .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر المحقق الاردبيلي (رحمهالله) المناقشة في هــذا الحكم ، فانه قال : بعد أن نقــل عن التذكرة الضمان بمجرد فض الختم ، وخرق الكيس على الوجه المذكور .

والظاهر عدم الضمان في الموضعين لما فيه من عدم التصرف بخيانة ، وكأنه يخص التصرف هذا بغير الدراهم التي في الكيس ، حيث أنه لم يدخل يده فيها ،

⁽١) القض بمعنى الكسر ... فضه اي كسره.

وأن التصرف الموجب لضمانها انما هـو وضع اليد فيها والاخذ منها ، والا فانما ذلك تصرف في الكيس خاصاً ، والمسئلة كغيرها بمحل من الاشكال ، فان كلامه لايخلو من قرب ، وان كان ظاهرهم الانفاق على أنه يضمن بمجرد فض الختم ، والله المالم .

السادس - ماذكره من النمان لو أودعه كيسين فمزجها ، ظاهر هذا الكلام يعطى وجوب النمان بمجرد المزح ولو أمكن التميز بينهما ، ولعله مبنى على استلزامه ذلك التصرف في المالين بغير اذن المالك ، الا أنه قد تقدم في المورد الرابع عدم النمان مع امكان التمييز ، ويمكن أن يكون العراد بالعزج هنا هو ما كان على وجه لايتميز أحدهما من الاخر ولعل هو الظاهر من لفظ المزج ، وحينئذ فباخراجه ما في أحد الكيسين وصبته على الاخر يضمن ذلك المخرج خاسة ، لتصرفه فيه ، ولا يضمن ما في الكيس المصبوب عليه مع تميزه ، لائه لم يتصرف فيه ان لم يكن مختوماً ، وفك ختمه ، فانه يضمن من حيث فك الختم ، وربما نقل عن بعض الاسحاب النمان مطلقاً ، وان لم يكن مختوماً هذا كله اذا كان الكيسان للمودع ، كما هو المفروض أولا ، أما لو كان أحدهما للمستودع فانه لاضمان مع بقاء التمييز كما تقدم ، لان له نقل الوديعة من محل الي آخر ، فانه تفريغ ملكه ، ولا يتمين عليه الحفظ فيما وضع فيه .

السابع ــ ماذكر من الشمان لو حمل الدابة أثقل أو أشق مما أذن له فيه ، ولا ريب في الشمان مع المخالفة واستعمالها في الاشق والاثقل ، لانه تعد معض وتفريط موجب لذلك .

قال في المسالك ـ بعد قول المصنيف وكذا لو أمره باجارتها لمحمل أخف فآجرها لاثقل ، ولاسهل فآجرها لاشق كالقطن والحديد ـ مالفظه: لا اشكال هنا في المنتان مع استعمال المستأجر لها في الاثقل ، وهـل يتحقق بمجرد المقد؟ يحتمل ذلك ، لتسليطه على الانتفاع والعدوان ، فيخرج عن كونه أميناً ، كما

بضمن بجحوده ، بل مجرد نيته على قول مع عدم فعل ما يوجب الضمان وعدمه كما لو نوى الخيانة أو التفريط ، أو قال : أنه يفعل ذلك ولم يفعل ، ولم أقف في ذلك على شيء يعتد به ، انتهى .

أقول لاربب أن عقد الاجارة على هذا الوجه باطل ، لان المالك اتما أذن له في الاجارة بحمل الاخف وهو قدآ جرها لحمل الاثقل والاشق وهو خلاف ما أذن له فيه ، فيكون باطلا ، ولا يبعد تحقق الضمان بذلك من حيث التصرف بهذا العقد الموجب لتسليط المستأجر على خلاف ما أمر به المالك .

على أن التمثيل لعدم الضمان بما لونوى الخيانة أدالتفريط مع عدم الفعل محل اشكال أيضا ، فان العلامة في التذكرة قد صرح هنا بالضمان كما تقدم نقله عنه في المورد الاول ، وان كان فيه مافيه كما أشرنا اليه ثمة .

وبالجملة فالظاهر أن الاقرب بمقتضى قواعدهم هو القرول بالضمان فى السورة المذكورة ، ثم انه على تقدير المخالفة ووجوب الضمان فهل يضمن الجميع أو بالنسبة ؟ ظاهره فى المسالك الاول ، مع احتمال الثانى .

وجزم المحقق الاردبيلي بالاول من غير احتمال ، قال : لانه تعد أ ، فلو تلف يأخذ منه تمام القيمة ، لا أن يقسط على المأذون وغيره ، ووجه الاحتمال الذى ذكره في المسالك هو في صورة حمل الاثفل ، أن القدر المأذون فيه غير مضمون ، وانما تعدى بالزايد فيقسط التالف عليهما .

أقول: ما ذكره جيد بالنسبة الى الاثقل ، كما لو أذن له فى حمل وذن مخصوص أو كيل مخصوص لاثقل فيه ، فزاد على ذلك الوذن أو الكيل ماحصل به الثقل ، فانه لايبعد ما ذكره من التقسيط ، أما لو كان ما استأجر عليه أش وأشق على الدابة فمجموع الحمل مغاير لما أذن به المالك ، فيتوجه النهى الى المجموع ، بخلاف الاول ، فانه انما يتوجه الى ما حصل به الثقل من الزيادة ، وهذا التفصيل بحسب الظاهر لابأس به على مقتضى قواعدهم .

وقال في المسالك _ بالنسبة الى تمثيل المصنف بالقطن والحديد _ والمراد

من الاشق في المثالين: أن الحديد أشق عند سكون الهوى ، والقطن أشق عند الهواء ، ومن ثم جمع بين المثالين .

الثامن - ماذكر من الضمان لوجعلها المالك فيحرز مقفل ، ففتح القفل وأخذ بعضها ، الى آخر ما تقدم .

أقول قد تقدم أنه اذا دفع اليه كيماً مختوماً ففضه فانه يضمن الجميع بغض الخمتم ، وان لم يأخذ منه شيئا ، فكذا هنا يضمن هنا بفك القفل . وان لم يأخذ شيئا ، ففيما اذا أخذ بعضها بطريق أولى .

أما لو لم يكن في حرز أوكانت ولكن الحرز للودعي ، فانه يضمن ما أخذه خاصة ، لانه لم يحسل منه تعد الا فيما أخذه .

وأما لو كان الكيس للودعى وشده بأمر المالك فهـو بمنزلة شد المالك فيضمن بفتحه كما ذكروه .

قال في المسالك: ولا فرق في ضمان المأخوذ بين أن يسرفه في حاجته وعدمه عندنا ، لان الاخراج على هذا القسد خيانة ، وعلى هذا فلو نوى التسرف في الوديعة عند أخذها بحيث أخذها على هذا القسد كانت مضمونة عليه مطلقاً ، لانه لم يقبضها على وجه الامانة ، بل على سبيل الخيانة .

وفى تأثير النية فى استدامة الاخذكما تؤثر ابتداء وجهان : من ثبوت اليد فى الموضعين _ مقترناً بالنية الموجبة للضمان _ ومن أنه لم يعدث فعلا معقد الخيانة ، والشك فى تأثير مجرد القصد فى الضمان ، وتردد فى التذكرة.

ويتحقق ذلك في صور : منها _ أن ينوى الاخذ ولم يأخذ : والاستعمال ولم يستعمل ، وأن لايرد الوديعة بعد طلب المالك ، ولم يتلفظ بالجحود وغير ذلك ، وقد جزم المستنف (رحمهالله) في ما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لايضمن بمجرد النية ، انتهى .

أقول : فيه أن ماذكروم من الضمان بمجرد النية في المواضع المذكورة

مبنى على وجوب نية قصد الايتمان في قبض الوديسة ، والا كان خائناً يترتب على قبضه الضمان ، وهو مشكل لعدم الدليل عليه ، وصدق الخائن عليه بمجرد هذه النية ممنوع ، اذ الظاهر أن الاتساف بالخيانة لغة وشرعاً وعرفاً الما يتحقق بالتعدى والتسرف ، لابمجرد النية ، والا لسدق على الانسان كونه زائياً بمجرد نية الزنا ، و سارقاً بمجرد نية السرقة ، وهكذا ولا يقوله أحد ، ولهذا ان الله تعالى لا يأخذ بمجردالنية والقسد ، وانما يؤاخذ بالفعل والتصرف في جميع أفراد المعاصى من خيانة وغيرها .

وبالجملة فانى لا أعرف لكلامهم هنا وجها وجيها ، بل الظاهر خلافه كما عرفت وما نقله عن التذكرة من التردد قد تقدم ذكره فى المورد الاول ، وقد أشرنا فى رده الى ما ذكرناه هنا على أن ما ذكروه أيضاً من الضمان للجميع بمجرد فتح القفل وفض الختم لا يخلو من المناقشة ، لعدم الدليل على ذلك ، والاصل برائة الذمة ، والتصرف هنا حقيقة أنما وقع فى القفل والختم ، والى ما ذكرناه يميل كلام المحقق الاردبيلى فى شرح الارشاد أيضا .

قال فى التذكرة: وإن كان الصندوق مقفلا والكيس مختوماً ، ففتح القفل وفض الختم ولم يأخذ مافيه فالاقوى الضمان لمافيه من الثيباب والدراحم ، وهو أصح وجهى الشافعية أنه لا يضمن ما فى الصدوق والكيس ، بل يضمن الختم الذى تصرف فيه ، وبه قال أبو حنيفة ، انتهى .

قال المحقق الاردبيلي _ بعد نقل هذا الكلام بحذافيره _ : هذا أولى لما مرغير مرة من الاصل وعدم تصرف وتقصير في الحفظ وغير ثابت كون هتك الحرز موجباً للضمان ، ولابد له من دليل فتأمل ، انتهى وهو جيد .

تذنيب:

قد تقدم في صدر هذا الكلام أنه لو أخذ البعض ضمن ما أخذ خاصة في صورة ما اذا كان الحرز من المستودع أو لم يكن في حرز ، بقي الكلام في أنه

لو أعاد ما أخذه الى موضعه أو أعاد بدله ، فأ ما على الاول فان ظاهرهم بقاء الضمان ، وأنه لايزول باعادته لان يده عليه صارت يد خيانة ، لايخرج عنها الابما تقدم من ايداع المالك له مرة ثانية ، كما في كل تفريط وتعد ، وسيأتي تحقيقه ان شاء الله .

ولا فرق فى ذلك بين أن يمزجه بغير المضمون مزجاً لايتميز عنه ، أم لا ، لان الجميع مال المالك ، غايته أنه قدصار بعنه مضموناً وبعضه غير مضمون ، وأن هذا الاختلاطكان حاصلا قبل الاخذ .

قال في التذكرة ـ بعد فرض المسئلة في ايداع كيس فيه عشرة دراهم ـ وان لم يكن الكيس تمشدوداً ولامختوماً فأخرج منه درهماً لنفسه ضمنه خاصة ، لانه لم يتعد في غيره ، فان رده لم يزل عنه الضمان ، فان لم يختلط بالباقي لم يضمن الباقي ، لانه لم يتصرف فيه ، وكذا ان اختلط وكان متميزاً لم يلتبس بغيره وان امتزج بالباقي مزجاً يرتفع معه الامتياز فالوجه أنه كذلك لا يضمن الباقي ، بل الدرهم خاصة ، لانهذا المزجكان حاصلاقبل الاخذ وهوا مسح قولي الشافعية والثاني عليه ضمان الباقي لخلطه المضمون بغير المضمون ، فعلى ما اختر ناه لو تلفت العشرة لم يلزمه الا درهم واحد ولو تلف منها خمسة لم يلزمه الا نسف درهم ، انتهى .

وأما على الثانى فانه لايبرى وأيضاً باعادة البدل، فانه اذا كان الضمان باقياً باعادة ما أخذه ففي بدله بطريق أولى ، لانه لم يتعين ملكا للمالك ، اذ لا يحصل الملك الا بقبضه أو قبض وكيله والمستودع ليس وكيلا في تعيين العوض ، وانما هووكيل في الحفظ ، وحينتذ فلايخلو اما أن يكون المردود متميزاً عن الباقي بحيث لم يخلط به ، أو كان فيه علامة من سكة أو غيرها توجب الامتياز ، فانه لا يضمن سوا وذلك ، ولا يضمن الباقي ، أولا يكون متميزاً بل مزجه بتلك الدراهم مزجاً لا يتميز منها ، فان ظاهرهم وجوب ضمان الجميع ، لما تقدم من أن مزج الوديعة بماله من موجبات الضمان للجميع والله العالم

البحث الثالث في اللواحق:

وفيه مسائل: الاولى - حيث أن الوديعة من العقود الجايزة بناء على أنه عقد، فانه يجوز فسخها أى وقت شاء المستودع، وبطريق الاولى لو كانت اذناً خاصة ، الا أنه لا يجوز تسليمها الا الى المالك أو وكيله، ومع تعذر هما فالى المالك أو وكيله، عمله بهذا الترتيب المحاكم الشرعى، ومع تعذره فيدفعها الى تقة ، ولاضمان مع عمله بهذا الترتيب فلو خالف و دفع الى المحاكم مع امكان الدفع الى المالك أو وكيله أو دفع الى الثقة مع امكان الدفع الى الحاكم ضمن عند الاسحاب من غير خلاف يعرف.

بقى الكلام فى أن الظاهر أن جواذ الرد فى أى وقت شاء انمايتم بالنسبة الى الرد على المالك أو وكيله ، أما الرد على الحاكم أو الثقة فانما يجوذ مع العذر المانع من الايتمان ، كخوف تلف الا مانة فى يده بحرق أو سرق أو اضطراره الى السفر ونحو ذلك من الاسباب المانعة من بقاءها أمانة فى يده ، وان لم يكن له عذر لم يجز الدفع الى الحاكم ولا الثقة بمع عدمه لانه وان جاز له فسخ عقد الوديمة متى شاء ، لانه عقد جائز الا أنه بقبول الوديمة قد التزم حفظها الى أن يردها على مالكها ، فلا يبرى والا بالدفع الى المالك ، ولا عدر هنا يجوز له الخروج به عن ذلك من ضرورة تعرض له أو للوديمة كما تقدم .

وربما تقل عن بعضهم أنه أجاز دفعها الى الحاكم عند تعذر المالك مطلقا ، لانه بمنزلة وكيله ، قال في المسالك : وليس بذلك البعيد .

وقال في المسالك أيضا: ثم انه على تقدير جواذ دفعها الى الحاكم هل يجب عليه القبول ؟ كما اذاكان له عذر ولم يجد المالك ولا وكيله وجهان: من أنه نائب عن الغائب حينتذ، وأنه منصوب للمصالح ولو لم يجب عليه القبض فاتت المصلحة المطلوبة من نصبه ، ومن أصالة البرائة ، و الاقوى الاول ، والوجهان آتيان في ما لوحمل اليه المديون الدين مع غيبة المدين ، والغاصب المغسوب أو بدله مع تلفه ، وغيس ذلك من الامانات التي يليها الحاكم ، انتهى .

اياها ثانيا فانة يعود أمينا اجماعاً ، وبرء من الضمان، انتهى .

وأما لولم يردها ولكن جدد له المالك الايداع بأن أذن له في الحفظ فقال : أذنت لك في حفظها أو قال : أودعتكها أو استأمنتك عليها فظاهر الاكثر أنه كالاول .

و علل بأن الضمان انما كان بحق المالك ، وقد رضى بسقوطه باحداثه ما يقتضى الامانة ، وهو اختياره فى التذكرة ، حيث قال : لولم يسلمها الى المالك لكن أحدث المالك له استيماناً فقال : أذنت لك فى حفظها أو أود عتكها أو استأمنتك أوبر ع تك من الضمان فالاقرب سقوط الضمان عنه ، وعوده أميناً لان التضمين حق المالك ، وقد رضى بسقوطه ، وهو أصح قولى الشافعى .

والثانى أنه لايزول الضمان ولا يعود أميناً لظاهر قوله (عليه السلام) (١) وعلى اليدما أخذت حتى تؤدى ، انتهى ، وظاهره فى المسالك التوقف فى هذا المقام ، قال : و يمكن بناء ذلك على أن الغاصب اذا استودع هل يرول المنمان عنه أم لا ؟ فان المستودع هنا قد صار بتعديه بمنزلته ، والمسئلة موضع اشكال اذ لامنافاة بين الوديعة والضمان كما فى الفرض المذكور ، فلا يزول الضمان السابق بتجدد ما لاينافيه ، مع عموم قوله (سلى الله عليه وآله) على اليد ما أخذت حتى تؤدى ، (٢) _ ومن أنه قد أقام يده مقام يده ، وجعله وكيلا فى حفظها ، وذلك يقتضى رفع الضمان ، وقد سلف البحث فى نظائرها فى مواضع ، كالرهن والقراض والاقوى هنا زوال الضمان ، لان المستودع نائب عن المالك فى الحفظ ، وكانت يده كيده ، وقبضه لمصلحته ، فكان المال فى يده بمنزلة ماكان فى يد المالك ، بخلاف الرهن ، انتهى .

ومرجع الوجه الثانى الى ثبوت المنافاة بين الوديعة والضمان الذى معه أولا وهو الاظهر ولهذا رجع به فى آخر كلامه عن الاستشكال الذى ذكره أولا . وظاهر عبارة التذكرة المتقدمة أن الابراء من الضمان فى حكم الالفاظ

⁽١) و (٢) المستدرك ج ٢ ص ٤٠٤ ح ١٢ .

المذكورة فى تجدد الوديعة ، لما علله بـ من أن التضمين حق للمالك ، وقد رضى بسقوطه ، و ربما أشكل بأن معنى الضمان أن العين لمو تلفت وجب عليه بدلها ، والحال أنها الان لم تتلف ، فتكون البرائة من الضمان ابراء ممالم يجب .

ورد بأن المنمان المسبب عن التعدى معناه جعل ذمة الودعى متعلقة بالمال على وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه ، ولزوم البدل ثمرة المنمان وفائدته ، لا تفسه ، والساقط بالابراء هو الاول لا الثاني .

ويدل على أن المراد من النمان هو المعنى الاول أنهم يحكمون عليه بمجرد العدوان ، فيقولون صاد ضامنا ، ولو فعل كذا ضمن وضو ذلك ، مع أن لزوم البدل لم يعصل بذلك ، وانعا حصل قبول ذمته له ، و هذا معنى زوالـ عالبرائة ، بل هو متعلق البرائة .

الثالثة – اذا أنكر الوديعة أو أقربها ولكن ادعى التلف أوادعى الرد ولا بينة فهيهنا مقامات ثلاثة .

الاول _ الانكار ، والظاهر أنه لاخلاف ولا اشكال في قبول قوله فيه ، لانه منكر ، والاصل عدمها من غير معارض .

الثانى: دعوى التلف ، والمشهور قبول قول ه فيه بيمينه و ان كان مدعياً ومخالفا للاسل ، لانه أمين فيقبل قوله على من التمنه ، بل ظاهر التذكرة دعوى الاجماع على ذلك ، قال: اذا طلب المالك من المستودع السرد فأدعى التلف ، فالقول قوله مع اليمين عند علمائنا ، سواء ادعى التلف بسبب ظاهر ، أو خفى . لانه أمين في كل حال ، فكان القول قوله في كل حال هو أمين فيها ، انتهى .

وظاهر الاصحاب أنه لافرق في الحكم المذكور بين دعواه التلف بسبب ظاهر كالحرق والغرق ، أوخفي كالسرق ، لاشتراكهما في المعنى وقد عرفت من ظاهر العلامة دعوى الاجماع على ذلك .

وظاهر الشيخ في المبسوط الفرق بين ذلك ، فقال : بقبول قوله في الثاني ،

كان على المودع اليمين.

دون الاول ، حيث قال بعد كلام في المقام .. : وجملته أن كل موضع يدعى الموقة الحرق والنهب والغرق فانه لايقبل قوله الا بالبيئة ، وكل موضع يدعى السرقة والغصب أو يقول : تلف في يدم ، فان القول قوله مع يمينه بهلابيئة ، والفرق أن الحرق والغرق لايخفى ، ويمكن اقامة البيئة عليه ، بخلاف السرقة ، انتهى .

و ظاهر العلامة في التذكرة القبول مع الاطلاق ، و عدم تعيين السبب الموجب للتلف ، كما يشير اليه كلام الشيخ المذكور أيضاً ، حيث خص عدم القبول بدعوى السبب الظاهر ، وعد دعوى التلف مطلقا فيما يقبل قوله .

ثم ان ظاهر الاكثر قبول قوله مع اليمين لا بدونها ، وقد سمعت من عبارة التذكرة دعوى الاجماع عليه ، مع أن السدوق في المقنع قال : يقبل دعوى التلف والنياع بلايمين .

قال: « وسئل السادق (عليه السلام) عن المودع اذا كان غير ثقة هل يقبل قوله ؟ قال: نعم ولايمين عليه » (١) قال: وروى في حديث آخر (٢) أنه قال: «لم يختك الامين ولكتك اثتمنت الخائن » وقال في كتاب من لا يحضره الفقيه (٣) مضى مشايخنا (رضى الله عنهم) على أن قول المودع مقبول، فانه مؤتمن ولايمين عليه وقال الشيخ في النهاية ولايمين على المودع ، بل قوله مقبول ، فان ادعى المستودع أن المودع قد فرط أوضيع كان عليه البيئة ، فان لم يكن معه بيئة

وقال ابن الجنيد واذا قال : قـد ضاعت أو تلفت فالقول قولـه ، فان اتهم أحلف ، وكذا قال : أبوالصلاح .

أقول: كلامهما يرجع الى ماذكره في النهاية ، والمشهور بين المتأخرين اليمين مطلقا ، قال في المختلف: والاشهر التسويسة بين الحكمين في وجـوب

⁽۱) و (۲) و (۳) الفقيسة ج ۳ ص ۱۹۵ ح ۷ ص ۱۹۶ ، الوسسائسل ج ۱۳ ص ۲۲۸ ح ۷ و ۸ ۰

اليمين ، لان قول المودع أنها سرقت أو ضاعت دعوى ، فلابد فيها من اليمين ولم يوجب البينة ، لانه أمين ، انتهى .

وحينتُذ فالاقوال في المسئلة أربعة ، ولم أقف على حديث ظاهر في اليمين في هذا المقام ، وغاية ما استدل به العلامة في المختلف لذلك حسنة العلبي (١) عن الصادق (عليه السلام) • قال صاحب الوديعة والبناعة مؤتمنان ، وأنت خبير بما فيه ، بل ربعا كان بالدلالة على خلاف ما ادعاه أنسب ، فان مقتفى كونه أميناً أن يقبل قوله من غيريمين ، كما هو ظاهر جملة من الاخبار ، منها الخبر المتقدم تقله عن المقنم ، مع فرض كون الودعي غير ثقة ، وهو أبلغ في الدلالة .

ومنها مارواه في الكافي عن مسعدة بن صدقة (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : ليس لك أن تتهم من المتمنته ، ولا تأمن النحائن وقد جربته » .

ومارواه في قرب الاسناد عن مسعدة بن صدقة (٣) عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال: ليس لك أن تأمن من خانك لاتتهم من التمنت » .

وعن مسعدة بن زياد (٤) دعن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله (سلى الله عليه و آله) قال : ليس لك أن تنهم من التمنته ، ولا تأمن الخائن وقدجر بنه».

والتقريب في هذه الاخبار أن منشأ اليمين انما هوالاتهام له ، وعدم تصديقه ، وقد نهوا عن اتهامه ، فلاوجه لليمين حينئذ بل يبب تصديقه وقبول قوله من غير يمين فقى هذه الاخبار رد أيضاً على الشيخ ومن قال بقوله من أن له احلافه مع تهمته قان هذه الاخبار نهت عن اتهامه ويؤيد هذه الاخبار أيضاً الاخبار الدالة على أنه لم يخنك الامين ، ولكن ائتمنت الخائن ، فانها ظاهرة في أنه لا يجوز له أن يخونه ، وينسبه إلى الخيانة بعد اعتقاد كونه أميناً ، وإيداعه لذلك .

⁽١) الفقيه ٣ ص ١٩٣ ح ١، الرسائل ج ١٣ ص ٢٢٧ ح ١٠

⁽٢) الكافي ج ه ص ٢٩٨ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٩ ح ٩ ٠

⁽۲) و (٤) الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٩ ح ٩ و ١٠ الباب ٤ من أبواب أحكام الوديمة الرقم ٩ و ١٠ قرب الاستاد ص ٣٥ -

ومنها ما رواه في الفقيه مرسلا (١) «قال : و روى أن رجلا قال للسادق (عليهالسلام) اني ائتمنت رجلا على مال أودعته عنده فخانني وأنكر مالي ، فقال : لم ينخنك الامين ولكن ائتمنت أنت الخائن ، و رواه الشيخ أيضاً (٢) مرسلا.

وهو ظاهر فيما قلناه ، وبه يظهر لك قوة قول الصدوق في المسئلة ، ويمكن حمل كلام الشيخ وابن البحنيد وأبي الصلاح على ائتمان من يتهمه ، بمعنى أنه لايمتقد أمانته وقت الايداع ، بل يجوز الخيانة عليه كما يدل عليه بعض الاخبار الواردة في تضمين القصار ونحوه .

أقول: ويؤيد ما قلناه هذا ما سيأتى انشاء الله من الاخبار في كتاب العادية، وما ذكر ناه غير خاص بالوديعة، بلكل موضع ثبت كوئه أمانة من عارية، أومضاربة، أو وكالة أو نحوها، كما سيأتى تحقيقه _ انشاء الله تعالى _ في كتاب العارية.

الثالث مالو ادعى الردعلى المالك ، وفيه اشكال منحيث أن الاسل عدم الرد و عدم البينة على المدعى ، و من حيث أنه أمين و محسن و قابض لمصلحة المالك ، والمشهور قبول قوله بيميته .

قال في التذكرة ، فان ادعى ردها على من ائتمنه وهو المالك فدم قوله باليمين ، على اشكال ينشأ ـ من أنه أمين يقبل قوله مع اليمين كالمتلف ومن كونه مدعياً فافتقر الى البينة ، وظاهر التوقف في الحكم ، وبقائه على الاستشكال لعدم الترجيح بشيء من الدليلين على الاخر .

وكذلك شيخنا الشهيد الثاني في المسالك حيث جرى على ماجرى عليه في التذكرة ، ونحوه الشهيد في شرح نكت الارشاد حيث اقتصر على مجرد نقل وجهى الاشكال المذكور وهو في محله .

ولوادعي الرد الى وكيل المالك فطاهرهم أنه كدعوى الرد على المالك ،

⁽۱) و (۲) القفيه ج ٣ ص ١٩٥ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨١ ح ٩ الرسائل ج ١٣ ص ٢٧٨ ح ٦ .

لان يده كيده ، ولو ادعى الرد على الوارث فعليهالبينة ، لخروج هذا الفرد عما تعمن فيه ، والاسل عدم الرد .

الرابعة - قد عرفت الحكم فيما لو ادعى الودعى دد الوديعة على المالك أو وكيله أو وارثه بقى الكلام هنا في ما لوادعى الرد على غير من ذكر لكن باذن المالك ، ولا يخلو الحال هنا ، اما أن يوافق المالك على دعوى الاذن ، أو ينكر ذلك ، فهنا مقامان : الاول - أن يوافق المالك على ذلك ، ولكن المدفوع اليه ينكر ذلك ، والدافع لم يشهد عليه ، وقد اختلف كلامهم في هذا المقام ، ومثله مالو أمره بقضاء دينه فقضاه عنه ، ولم يشهد على الدفع ، مع انكار المدفوع اليه ، والاقوال هنا ثلاثة : فقيل : يضمن الدافع في الموضعين ، وقيل : لا يضمن فيهما وقيل : بالتغصيل ، فيضمن في القرض ، ولا يضمن في الوديعة .

قال في المختلف: اذا أمره بالايداع فلم يشهد عليه قوى الشيخ عدم الضمان، ولو أمره بقضاء الدين قال: يضمن بترك الاشهاد وان صدقه عليه ، فائه فرط حيث دفع دفعاً غير مبرى ، ولو قيل بالتسوية في الموضعين في عدم الضمان كان وجهاً ، لانه امتثل ما أمره به ، وجهود القابض لايوجب الضمان على الدافع ، والبرائة في نفس الامر قد وقعت ، انتهى .

مع أنه في التذكرة قوى مذهب الشيخ ، ومنع ما اختاره هنا ، فقال : لو أمره بالأيداع لمادفعه اليه ابتداء فالاقرب أنه لايبجب على المدفوع اليه الاشهاد على الايداع ، بخلاف قضاء الدين ، لأن الوديعة أمائة ، وقول المستودع مقبول في السرد والتلف ، فلا معنى للاشهاد ، ولان الوديسة حقها الاخفاء بخلاف قضاء الدين وهو أظهر وجهى الشافعية .

والثانى أنه يلزمه الاشهاد كقضاء الدين ، وقد بينا الغرق ، انتهى .

تسم قال _ في المسئلة التي هي محل البحث _ : ولو اعترف المالك بالاذن والدفع معاً لكته قال : انك لسم تشهد عليه ، والمدفوع اليه ، ينكر ، كان مبنياً

على الخلاف السابق ، في وجوب الاشهاد على الايداع ، فان أوجبناه ضمن ، والا فلا ، ومن هذا الكلام علم القول الثاني ، والثالث ، وحجة كل منهما .

وأما القول الاول فنقله في المسالك قولا في المسئلة ، ولم يسنده ، وعلله بأنه يضمن فيهما ، لان اطلاق الاذن يقتضي دفعاً ثابتا يمكن الرجوع اليه عند الحاجة ، فاذا ترك الاشهاد فقد قصر ، خصوصاً الدين ، فان الغرض منه برائدة الذمة ، ولا يظهر الا بالاشهاد ، لان العزيم اذا أنكر فالقول قوله .

والمحقق في الشرايع اختار في كتاب الوديعة عدم وجوب الاشهاد على أداء الوديعة ، وفي كتاب الوكالة قال بالتفسيل على تردد ، وظاهر في المسالك اختيار القول بالتفسيل ، حيث أنه استحسنه من بين الاقوال المذكورة ، والمسئلة عندى محل توقف و اشكال ، لعدم الدليل من النصوص ، وتدافع هذه التعليلات ، مع ما عرفت في غير موضع من أنها لاتصلح لتأسيس الاحكام الشرعية والشالعالم .

الثانى - أن ينكر المالك الاذن وحينتذ فالقول قوله بيمينه ، اذا لم يكن بينة ، لاته منكر ، ويكون الحكم فيه كدعوى الرد على الوارث ، لان المدفوع اليه لم يأتمنه ليقبل قوله عليه ، وليس بوكيل لتكون يده كيد الموكل .

و بالجملة فالظاهر أن المسئلة المذكورة من جزئيات مسئلة المدعى والمنكر .

واحتمل بعض المحققين كون القول قول المستودع بيمينه ، نظراً الى ما تخدم من أنه أمين ، والظاهر ضعفه ، لان القدر المقطوع بـه من الاخبار وكلام الاصحاب اختصاص ذلك بغير ماذكرناه من دعوى التلف بأى أنواعـه ، أو الرد على المالك أو وكيله .

بقى الكلام فى أنه متى حلف المالك فلا يخلو اما أن يكون من ادعسى عليه القبض مقراً بذلك ، أو منكرا ، وعلى تقدير الاول اما أن يكون موجودة ، ولا أو تلفت ، فهيهنا صور ثلاثة : أحدها ـ أن يقر بالقبض والعين موجودة ، ولا

اشكال قى وجوب ردها الى المالك، قال فى التذكرة: فان غاب المدفوع اليه فى هذه الصورة كان للمالك أن يغرم المستودع، فاذا قدم الغائب أخذها المستودع وردها على المالك، واسترد البدل الذى دفعه، وهو ظاهر فى التخيير بين الرجوع على الودعى والصبر الى قدوم الغائب، الا أنه مع الرجوع على الودعى فالحكم ماذكره.

الثانية _ الصورة المذكورة مع تلف العين ، والحكم عندهم أنه يتخير المالك في الرجوع على من شاء منهما ، وليس للغارم منهما أن يسرجع على صاحبه ، لزعمه أن المالك ظالم له في أخذ البدل منه ، فلا يرجع به على غير من ظلمه .

الثالثة _ أن ينكر القبض الذي ادعاه المستودع ، وحينتذ فالقول قولـه بيمينه مع عدم البينة ، فيختص الغرم بالمستودع .

الخامسة _ اختلف الاصحاب فيما لوأنكر الوديعة فأقام المالك البينة عليها فسدقها بعد الانكار الاأنه ادعى التلف قبل انكاره، فقيل: لايسمع دعواه التلف، لائه بانكاره السابق مكذب لدعواه الاخيرة فلاتسمع لتناقض كلاميه، ولا يتوجه بها يمين عليه ولا على المدعى عليه، ولو أقام بينة أيضاً فانها لاتسمع بينته، لانه مكذب لها ونقل هذا القول في المختلف عن الشيخ، وأيده بعضهم بأنه بانكاره الوديعة يصير خائنا، فخرج عن الامانة وسار ضامنا.

وقيل: أنه اذا قال المودع: ما أودعتنى شيئا ثم اعترف بالوديعة وادعى هلا كهالم يضمن اذاحلف ، لان انكاره يجوزأن يكون عن سهو ونسيان لها ، ونقله في المختلف عن ابن الجنيد ، وهوظاهر في قبول قوله مع عدم البينة .

وذهب العلامة في المختلف الى ماقدمنا نقله عن الشيخ من أنه لاتسمع دعواه و ان أقام بينة ، لانه مكذب لدعواه الهلاك بانكاره الوديعة ، الا أنه قال : لو طلب احلاف الغريم فله ذلك ، وفيه كما ترى دلالة على نوع من سماع دعواه ، فان ظاهر مذهب الشيخ أنه يعيب عليه الضمان مطلقا .

وقيل: أنه تسمع دعواه، و تقبل بينته، لجواز استناد جحوده الى النسيان فيعذر وهو اختيار المحقق في الشرايع، والعلامة في التذكرة، على مانقله عنه في المسالك، وهذا القول يرجع الى ماقدمنا نقله عن ابن الجنيد.

وفى القواعد اختار القول الاول وقد تبين من ذلك أن فى المسئلة أقوالا ثلاثة، وكلها للعلامة فى كتبه المذكورة، وفى المسئلة أيضاً قول رابع نقله فى المسالك عن الشهيد (رحمه الله) واستحسنه، وهوأنه ان أظهر لانكاره تأويلا كقوله ليس لك عندى وديعة يلزمنى ردها أو ضمانها أو نحو ذلك، قبلت دعواه، وسمعت بينته، وان لم يظهر له تأويلا لم يقبل.

أفول: ويـويد هذا القول مايظهر من المسالك من أن محل الخلاف في المسئلة ما اذا كان البحود بانكار أصل الايداع، أما لوكانت صورته لايلزمني شيء اليك أوضعو ذلك من الالفاظ المذكورة في هذا القول فقامت البيئة بها، فادعى التلف أوالرد سمعت دعواه ببينته، لعدم التناقض بين كلاميه.

قال فى القواعد: وإن أقيمت عليه البينة فادعى الرد أو التلف من قبل، فان كان سيغة جحوده انكاد أصل الوديسة لم يقبل قوله بغير بينة ولامعها على الاقوى لتناقض كلاميه، وإن كان سيغة البحود لايلزمه شيء قبل قوله فى الرد والتلف مع البينة بدونها فى الاخير، وفى الاول على دأى.

- أقول: قوله على الاقوى اشارة الى ماقدمنا نقله عنه من اختياره القـول الاول ، وقوله وفي الاول على رأى ، يعنى الرد، اشارة الى الاشكال المتقدم ذكره فيما لوادعى الرد.

اذاعر فت ذلك فاعلمأن عندى في عده في المسالك ما نقله عن الشهيد من التفصيل قولا رابعاً نظرا ، بل الظاهر أنه يرجع الى القول الاول . وذلك فان الظاهر من كلامه كما قدمنا الاشارة اليه أن محل الخلاف انما هو فيما اذا كان البحود بانكار أصل الايداع حيث قال بعد نقل الاقوال الاربعة : هذا كله اذا كان البحود بانكار

أصل الابداع ، أما لوكان صورته مايلزمنى شيء أولا يلزمنى نسليسم شيء اليك أو مالك عندى وديعة أوليس لك عندىشيء فقامت البينة بها فادعى التلف أوالرد سمعت دعواه وبينته ، لعدم التثاقض بين كلاميه ، انتهى .

ومرجع هذا الكلام الى ماذكرناه من أن محل الخلاف والاقوال الاربعة التى قدمنا ها قبل هذا الكلام انماهو فى صورة البحود بانكار أصل الايداع، والقول الذى نقله رابعاً ظاهر فى أنه مع البحود بهذه الكيفية، حيث لايقبل قوله التأويل لايقبل قوله، وأما أذا كان جحوده لا بهذه الكيفية بل بهذه الالفاظ التى يقبل التأويل فانه وان كان يقبل، الا أنه خارج عن محل البحث، والخلاف فى المسئلة كما ذكره فى كلامه الاخير وبالجملة فبالتأمل فى كلامه يظهر صحة ماقلناه.

قال في المسالك: وحيث قلنا بقبول بينته ان شهدت بتلفها قبل البحود برء من الضمان وان شهدت بتلفها بعده ضمن لخيانته بالبحود، ومنسع المالك منها وهوجيد، والله العالم.

السادسة _ المشهور بين الاصحاب على مانقله في المسالك أنه اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها فانها تخرج من أصل تركته، ولو كان له غرماء وضاقت التركة حاصهم المستودع، وعلل بأن اعترافه بالوديعة في حياته أوجب ثبوت يده عليها ، والتزامه بها الى أن يردها الى مالكها ، فاذا لم تعلم كان ضامناً لها ، لعموم (١) «على اليدما أخذت حتى تؤدى ، ولانه بترك تعيينها مفرط فيها ، فيضمن ، ولان الاصل بقاء ها في يده الى الموت وبعده يكون في جملة التركة ، فاذا تعذر الوصول الى عينها ، وجب البدل فيكون بمنز لة الدين ، فيحاص الغرماء وتردد في هذه المسئلة المحقق في الشرايع ، واستشكل فيها العلامة في القواعد والارشاد ، ومنشأ التردد والاستشكال مما ذكر ، ومن أن اعترافه بها في حياته انما يقتضى وجوب الحفظ ، والا فذمته بريئة من ضمانها فاذا مات ولم تعلم ، احتمل

⁽١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٥ ح ١٢ ٠

تلفها قبل الموت بغسير تفريط ، أو ردها الى المالك ، و الاصل برائة ذمته من المنمان ، وكون التلف على خلاف الاصل معارض بهذا الاصل ، وليسا متنافيسين حتى يقال : أنهما تعارضا فتسا قطا ، اذ لايلزم من بقاءها وعدم تلفها تعلقها بالذمة ليلزم المنمان كما ادعوه .

قال ـ شيخنا الشهيد (رحمه الله) في شرح نكت الارشاد بعد قول المسنف (ولومات ولم يوجد أخذت من التركة على اشكال) ـ : مالفظه منشأ النظر الى اصالة برائة الذمة من المنمان ، فينزل على تلفها بغير تفريط ، اذا لاصل عدمه ، والالتقات الى قوله (١) (صلى الله عليه وآله) د على اليد ما أخذت ، ولاصالة عدم التلف بها ، انتهى .

وأنت خبير بأنه بالنظر الى الجحود على أمثال هذه التعليلات هو عدم الضمان ، لان الوديعة من حيث هى لاتعلق لها بالذمة الامن حيث أسباب التعدى أو التغريط المتقدمة ، والمغروض أنه لاشىء منها ، وغاية ما يبجب على الودعى الحفظ لها خاصة ، ومجرد عدم وجودها بينها بعد الموت لا يستلزم تفريطاً ولا تعدياً ليحصل به الضمان ، فأصالة عدم الضمان ظاهرة ، وان فرض احتمال بقاءها واحتمال الرد الى المالك ، والتلف بغير تفريط قائم في العين ، وحديث (٢) و على اليد ما أخذت ، يمكن تخصيصه بالامانات ، بمعنى خروج الامانات من عمومه ، وليس هنا ما يوجب الخروج عن كونها أمانة من تفريط أو تعد يوجب الضمان والتعلق بالذمة ، حتى يقال : ان عليها ما أخذت .

وبه يظهر وجه ما استظهر ناه، ومن ثمقال في المسالك _ بعدالكلام في المسئلة _ والاقوى انه ان علم بقاء عينها الى ما بعد الموت ولم تتميز قدم مالكها على المغرماء ، وكان بمنزلة الشريك ، وان علم تلغها بتفريط فهو أسوة الغرماء ، والا فلاضمان أصلا ، لاصالة برائة الذمة ، وأصالة بقائها الى الان لوسلمت لاتقتضى

⁽١) و (٢) المستدوع ٢ ص ١٠ ه ح ١٢ .

تعلقها بالذمة ، انتهى وهوجيد .

ثم ان ماذكرناه من عدم الضمان هنا هو ظاهر اختيار العلامة في التذكرة حيث قال: قدبينا الخلاف فيما اذاكان عنده وديعة ، ولم توجد في تركته ، وان الذي يقتضيه النظر عدم الضمان ، والذي عليه فتوى أكثر العلماء مناومن الشافعية أن عليه الضمان ، ثم تقل عن الشافعية أن عليه الضمان ، ثم تقل عن الشافعية أنها اذا لم توجد بعينها حاص المالك الغرماء ، ونقل اختلاف أصحابه في هذه المسئلة .

وكيفكان فالمسئلة المذكورة لخلوها عن النص الواضح غيرخالية من الاشكال ، وان كان ما ذكرناه لا يخلو من قرب بالنظـر الى هـذه التعليــلات و الله العالم .

السابعة - لو كان في يده وديعة فادعاها اثنان ، يأن ادعى كل واحد أنهاله بخصوصه ، فاما أن يقربها الودعى لاحدهما ، أو يقرلهما ، أو يكذبهما ، أو يقول ؛ لأأدرى لمن هى لكما لأأدرى لايكما هى مع قطعه بانحصارها فيهما ، أو يقول ، لاأدرى لمن هى لكما أو لغير كما ، فهنا صور : الاولى أن يقربها لواحد منهما خاصة وقد سرح الاصحاب بأنها يحكم بهالمن أقرله بها ، ويجب دفعها اليه ، ويجب على الودعى أن يحلف للاخر . فان حلف سقطت دعوى الاخرعنه ، وبقى النزاع بين المدعيين ، ولمن لم يقرله الودعى احلاف صاحبه الذى أقرله الودعى ، ودفع اليه الوديمة ، فان حلف استقر الملك له . وان نكل الودعى عن اليمين للاخر أحلف ذلك للاخر على استحقاقها ان لم نقل بأنه يقضى عليه بالنكول ، وعلى كل من الوجهين فانه يغرم الودعى حينئذ لذلك الاخر المثل أو القيمة لحيلولته بينه وبين الوديعة باقراره للاؤل ، أما في صورة القضاء بالنكول فظاهر ، وأما في صورة حلف الاخر فلان اليمين المردودة عندهم بمنزلة اقرار المنكر ، فانه لوأقربها ثانياً للاخر بعد أن أقربها أولا للاول ، لزمه الغرم مثلا أو قيمة ، وكذا ماهو بمنزلة الاقرار .

وربما قيل: بأن اليمين المردودة كالبينة من المدعى، وحينت فكما

يحتمل _ أن يكون الحكم فيها ماتقدم فى تنزيل اليمين بمنزلة الاقرار من تغريم الودعى مع بقاء العين فى يد الاول _ يحتمل أن تنزع العين من يد الاول ، لان مقتضى العمل بالبينة كون العين لمن شهدت له .

ورد بأنها انما تكون كالبيئة بالنسبة الى المتداعيين خاصة ، لافى حق غير هما وهذه العين قدصارت حقاً للاول ، والنزاع هنا انما هوبين الودعى وبين الاخر وكونها كالبيئة في حق المدعى عليه ، يقتضى غرمه له للحيلولة بينه وبينها باقراده للاول ، قالوا : واليمين منهما هنا على البت ، لانها ترجع الى الاستحقاق ونفيه .

الثانية .. أن يقر لهما معاً على سبيل الاشتراك ، وفيه تكذيب لدعوى كل الاستقلال بالاستحقاق ، فقد كذب كل واحد منهما في دعواه الجميع وصدقه في البعض ، وحينئذ فيقسم بينهما ، ويبقى النزاع بينهما في النصف ، فان حلفامعاً أو نكلا قسم بينهما أيضا ، وان حلف أحدهما خاصة قضى له به ، ولا خصومة للناكل مع الودعى .

وبالجملة فانه يكون بمنزلة مال في يد شخصين يدعيانه هذا بالنسبة اليهما وأما بالنسبة اليالديم في النسبة اليالديم التسديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة اليه ، وحينت فلكلمنهما عليه يمين ، فان حلف سقطت دعوى كل واحد منهما عنه وان نكل فكما تقدم من الحكم بالنكول ، أو ادجاع اليمين وما يترتب على ذلك .

الثالثة _ أن يكذبهما معاً قالوا فانه ينتنى دعواهما ، لان اليد له ، ولكل منهما احلافه على البت ، فان نكل عن اليمين ردت عليهما بناء على عدم القضاء بالنكول ، وصادا في الدعوى سواء ، لان يدهما خارجة ، فان حلفا أو نكلا قسمت بينهما أنصافا ، وان حلف أحدهما اختص بها .

الرابعة _ أن يقول هي لاحدكما ، ولا أدرى من هو على التعيين فان وافقاه على عدم علمه بالتعيين ، فلا خصومة لهما معه ، و ان كذباه في دعواه عدم العلم

وادعى كل واحد منهما عليه أنه يعلمأنه المالك، فالقول قوله مع يمينه، الا أن الحلف هنا على عدم العلم، وهل يكفى يمين واحد أو لابد من يمينين؟ المشهور الاول، وهو قول الشيخ فى المختلف، وظاهر ابن الجنيد، اختاده فى المختلف، وجعله الاقوى فى المسالك، والقول الثانى للشيخ فى المبسوط

ووجه الاول أن المدعى شيء واحد وهو علمه بكون المال لمعين ، بخلاف سابق هذه الصورة ، فانه يبقى استحقاق كل واحد منهما ، فيحلف له .

ووجه الثانى أن كلا منهما مدع، فيدخل في عموم الخبر المشهور، والقول الاول نقله في التذكرة عن الشافعي، والثاني عن أبي حنيفة، وحينتَذ فاذا حلف سقطت الدعوى عنه، وبقيت المنازعة بينهما، وان نكل عن اليمين وحلفا على علمه بناء على عدم القضاء بالنكول أغرم القيمة، وتبحمل مع اليمين في أبديهما.

بقى الكلام فى أنه مــتى حلف لهما ، وبقيت المنازعة بينهما فقيل : بأنه يقرع بينهما ، فمن خرج اسمه وحلف سلمت اليه ، وقيل : يقف حتى بصطلحا .

قال الشيخ في الخلاف: لوكان عنده وديعة فادعاها اثنان ، فقال المودع: هي لاحدهما ولا أعلم صاحبها بعينه ، وادعى كل منهما علمه بذلك احلف يميناً واحدة ، فاذا حلف وأخرجت الوديعة من عنده ، وبذل كل من المتداعيين اليمين أنها له استخرج واحد منهما بالقرعة ، فمن خرج اسمه وحلف سلمت اليه ، أو يقسم بينهما ضفين .

وقال ابن الجنيد: توقف حتى يصطلحا أو يقوم بيّنة بها لاحدهما ، ونقله الشيخ عن الشافعي ، وتردد في المبسوط ، فتارة حكم بالايقاف حتى يصطلحا ، وتارة قـوى القرعة ، وادعى في الخلاف الاجماع على أن لكل أمـر مشكل فيه القرعـة .

أقول: والاقرب بمقتضى قواعدهم هنا هو ما اختاره شيخنا الشهيد الثاني في المسالك، حيث قال ـ بعد نقل القولين المذكورين ـ: والاقوى أنهما يتحلفان

ويقسم بينهما لتكافؤ الدعويين ، وتساويهما في الحجة ، وهو يقتضي القسمة كذلك ولا يكون الامر مشكلا ، والايقاف حتى يصطلحا شرد ، والاصطلاح غير لازم ، انتهى .

الخامسة _ أن يقول لا أدرى لمن هي لكما أد لغير كما والذي سرح به في التذكرة هنا أنه اذا ادعيا عليه العلم كان القول قوله مع اليمين ، فاذا حلف على نفى العلم تركت في يده الى أن يقوم بيّنة ، وليس لاحدهما تحليف الاخر لانه لم يثبت لواحد منهما يد ، ولا استحقاق بخلاف الصورة الاولى ، انتهى .

ولم يتعرض لبيان الحكم فيما لو نكل عن اليمين ، وقال في المسالك : دلو نكل عن اليمين فغي تسليمها اليهما مع حلفهما على الاستحقاق وغرامته لهما القيمة لو حلفا على علمه احتمالا ، لا نحصار الحق فيهما ظاهراً ولا منازع لهما الان ، ويحتمل العدم لعدم حصر ذى اليد الحق فيهما ، ولم أقف في هذا القسم على شيء يعتد به ، انتهى .

تنبيه:

ظاهر كلام المحقق فى الشرايع أنه فى صورة قوله لا أدرى الشامل للصورة الرابعة والخامسه أنها تقر فى يده، حتى يثبت لها مالك، وهو فى ثانى الصورتين المذكورتين مما لايظهر فيه خلاف .

ويؤيده أن يده يدأمانة ، ولم يتعين لها مالك يبجب الدفع اليه ، والحق في هذه السورة غير منحص فيهما ، ليتوهم سقوط أمانته بمطالبتهما .

وأما أولى الصورتين المذكورتين فقيل: ان الحكم كما ذكر من كونها أمانة ولم يتعين المالك، وقيل: بأنها تتزع من يده، لا تحصار الحق فيهما ومطالبتهما أياه، والقولان للشيخ (رحمه الله)، ففي المبسوط قوى بقاءها في يسده، وظاهره في المخلف كما تقدم في عبارته انها تنزع من يده، واستوجه في المختلف رد الامر الى الحاكم، واستحسنه في المسالك، والله العالم.

الثامنة ـ لو اختلفا فى القيمة بعد ثبوت التفريط فهل الفول قول المالك بيمينه ، أو القـول قـول الغارم؟ قـولان: وبالاول قال الشيخان على مانفـله فى المختلف، ونقل عنهما أنهما احتجا ببطلان الامانة بالخيانة، فلا يكون قوله مسموعاً.

ونفل في المختلف عن أبي الصلاح أنه قال : وروى أن اليمين في القيمة على المودع فتكون هذه الرواية دليلا للشيخين فيما ذهبا اليه هذا .

ورد الاول بأنه على تقدير قبول قول الودعى فانا لم نقبله من حيث كونه أميناً ليلزم ماذكروه، وانما قبلنا قوله من حيث كونه منكراً للزيادة التي يدعيها المالك ، فالقول قوله بيمينه لذلك ، كما أن البيتنة هنا على المالك ، لكونه مدعياً ، وأما الخبر المذكور فلم يثبت على وجه تقوم به الحجة .

وبالقول الثانى صرح المحقق ، والعلامة ، وابن حمزة ، وابن ادريس ، وهو المشهور ، ولا ريب أنه الاوفق بالقواعد الشرعية ، قال فى المسالك : وهذا الحكم لا يختص الامين ، بل الحق تعديه الى كل من شاركه فى هذا المعنى ، وان كان غاصباً ، انتهى وهو جيد نظراً الى الاندراج تحت القاعدة المنصوصة ، والله العالم .

التاسعة - لاريب أنه اذا مات المودع سلمت الوديعة الى ورثته ، فانكانوا جماعة بلغاء سلمت الوديعة الى الجميع أو وكيلهم أو وليهم أو وصيهم لو كانوا أطفالا ، أو الحاكم مع غيبة الوادث ، أو عدم وجود ولى خاص للاطفال ، قالوا : وتجب المبادرة بالتسليم ، لانها بموت المودع تصير أمانة شرعية ، وقد تقدم أن الحكم فيها وجوب المبادرة بالرد الى المالك فوراً .

و المشهور أنه لا فسرق فى وجوب المبادرة بالرد بسين علم الورثة بذلك وعدمه ، و نقسل فى التذكرة عن بعض الشافعية أن مع علمهم لايجب الدفع الا بالطلب ، ونفى عنه البأس .

وقال في المسالك _ بعد نقل ذلك عنه _ : وهو وجيه ، الا أنه لم يتحقق

به قائل منا ، وان كان القول به ممكناً ، لعدم تحقق الاجماع .

أقول: لا أعرف لما رجحاه في هذا المقام وجها بعد الاتفاق على كوتها أمانة شرعية ، لحصولها في يده بغيران المالك، ومن شأن الامانة الشرعية وجوب ردها فوراً ، وخروج هذا الفرد يحتاج الى دليل يوجب التخصيص ، الا أن يخرجوا عن أصل القاعدة المذكورة في الامانة الشرعية ، والله العالم .

العاشرة ـ لو كان في يده سلعة فادعى أنها رهن وادعى صاحبها انها وديعة فهل القول قول من هي في يده، أو قول المالك ؟ قـولان ، وقد تقـدم تحقيق المسئلة مستوفى منقحاً في كتاب الرهن .

الحادية عشر - المشهور بين الاصحاب أنه اذا اتجر الودعى بالوديعة بغير اذن المالك كان ضامناً ، والسربح بأجمعه للمالك ، ذهب اليه الشيخان وسلار وأبو السلاح وابن البراج وغيرهم .

وكذا قال ابن الجنيد الا أن الجماعة أطلقوا وابن الجنيد ، قال : ولو تعدى فيها بالتجارة كان الربح لصاحب المال ، الا أن يكون صاحبها خيره على أن ضمنه أياها ، ولو خيره على ذلك ولم يتجر فيها ، ولا انتفع بها ولا تعدى لم يلزمه ضمانه أياها .

قال فى المختلف _ بعد هل ذلك عنه _ : ولا بأس بهذا القول ، لان التضمين وان لم يكن لازماً ، الا أنه يفيد الاذن فى التصرف ، وحينتذ يكون الربع للودعى ، لانه فى الحقيقة استدانة .

ثم نقل رواية مسمع ، وهي ما رواه في التهذيب والفقيه عن مسمع (١) «قال: قلت لابي عبدالله (عليه السلام) : انسي كنت استودعت رجلا مالا فبحديه فحلف لي عليه ثم أنه جائني بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت أستودعته اياه ، فقال: هذا مالك فخذه وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مسع

⁽۱) التهذيب ج ۷ ص ۱۸۰ ح ۲ ، الفقيه ج ۳ ص ۱۹۶ ح ه ، الوسائل ج ۱۳ ص ۱۲۶ ح ۱ .

مالك، واجعلنى في حل فأخذت المال منه، وأبيت أن آخذ الربح منه، وأوقفته المال الذى كنت أستودعته وأتيت حتى استطلع رأيك فما ترى ؟ قال: فقال: خذ نسف الربح واعطه النصف وحلله ان هذا رجل تائب والله يحب التوابين ، .

ثم قال _ بعد نقل الخبر _ والظاهر أن ذلك على وجه الاستحباب ، والشيخ (رحمه الله) أفتى بما تضمنته الروايه في الدين .

أقول: لا يتخفى ما فى كلامهم على اطلاقه حنا من الاشكال، لان حذا المتبر فى حذه الصورة غاصب بلا اشكال، ولاريب فى ضمانه الاأن الشراء متى وقع فى الذمة فانه يكون صحيحاً شرعاً بلا اشكال، وان كان دفع الثمن من الوديعة محرماً لا ته تصرف فى مال الغير بغير اذن منه، والربح يكون للمشترى، لصحة الشراء المذكور، ولا أعرف للحكم بكونه للمالك وجهاً والحال كما ذكرنا.

وأما لووقع الشراء بالعين، فانه يكون باطلا لايترتب عليه استحقاق ربح لا للمالك، ولا للبايع، لان حل الربح فرع صحة العقد، بل الواجب هورد كل ملك على مالكه من مبيع وشن وربح، هذا مقتنى القواعد الشرعية، والنو ابط المرعية في البيع والرواية أيضاً لاتخلو من الاشكال، الا أن تحمل على كون الثراء وقع في الذمة، والربح حينئذ للمتجر دون المالك، الا أنه لاجل رضى المالك وطلب التحليل منه بذل له هذا المبلغ، ليرضيه بذلك فيحلله مما فعل فكانه بمنزلة الصلح بينهما، والامام (عليه السلام) أمره بقبول ذلك، ورد النصف عليه في مقابلة توبته، وقد تقدم الكلام في هذا المقام في المسئلة التاسعة من المقصد الثاني من كتاب الدين (١) والله العالم.

الثنائية عشر - لواختلف المالك ومن عنده الوديعة في أنه وديعة أو دين ، فادعى الذى عنده المال أنه وديعة ، وادعى المالك أنه دين ، قال الشيخ في النهاية أن القول قول صاحب المال ، وعلى الذى عنده المال البينة على أنه وديعة ، فان

⁽۱) ج ۲۰ ص ۱۸۳۰

لم يكن له بينة وجب عليه رد المال ، فان حلك كان ضامناً وانطالب صاحب المال باليمين أنه لم يودعه ذلك المال كان له .

وقال ابن الجنيد واذا أقر الرجل لرجل بمال وادعى فيه عليه مايزيل به حقاً وجب لصاحب المال من أنه كان وديعة فهلك ، أو مضاربة فخس لم يصدق الا ببيئة ، وكان القول قول صاحب المال مع يمينه انتهى ، وهو يرجع الىقول الشيخ المذكور .

وضل ابن ادريس هنا فقال: الوجه عندى أن يكون المدعى عليه قدو افق المدعى على صيرورة المال اليه، وكونه في يده ثم بعد ذلك ادعى أنه وديعة لك عندى فلا يقبل قوله، ويكون القول قول من ادعى أنه دين، لانه قد أقر بأن الشيء في يده أولا وادعى كونه وديعة، والرسول (صلى الله عليه وآله) (١) «قال: على اليد ما أخذت حتى تؤدى، وهذا قد اعترف بالاخذ والقبض وادعى الوديعة، وهى تسقط الحق الذى أقر به لساحب المال، فلا يقبل قوله في ذلك، فأما لولم يقر بقبض المال أولا، بل ما صدق المدعى على دعواه بأن له عنده مالا ديناً، بل قال: لك عندى وديعة، كذا وكذا فيكون حينتذ القول قوله مع يمينه، بل قال: لك عندى وديعة اقراراً بالتزام الشيء في الذمة، ثم أمر بأن يلحظ وديعة فليس الاقرار بالوديعة اقراراً بالتزام الشيء في الذمة، ثم أمر بأن يلحظ ذلك وزعم أن فيه غموضا، انتهى.

وبموجب تفصيله يوافق الشيخ في الشق الاول خاصة ، والعلامة في المختلف وافق الشيخ وابن الجنيد ، ورد تفصيل ابن ادريس بأنه ضعيف جداً ، قال : اذا البحث وقع في مال في يد المقر ادعى أنه وديعة ، وادعى ساحبه أنه دين ، لنا أنه اعترف بثبوت يبد على مال النير ، وهو يقتضى ظاهراً الضمان ، فيكون القول قول من يدعى الدين ، قضاء بالظاهر ، انتهى .

⁽١) المستدرك ج ٢ ص ٤٠٥ ح ١٢.

أقول: والذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهنه المسئلة مارواه الكلينى والشيخ والصدوق في الموثى عن اسحاق بن عمار (١) وقال: سألت أباالحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال السرجل: كانت عندى وديعة ، وقال الاخر: انما كانت عليك قرضاً ؟ قال: المال لازم له الا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة ، ومارواه الكليني والشيخ في الموثق عن اسحاق بن عماد (٢) أيضاً عن أبي عبدالله (عليه السلام) وفي رجل قال لسرجل: عليك ألف درهم فقال الرجل: لا ولكنها وديعة ، فقال (عليه السلام): القول قول صاحب المال مع يمينه ، ولا يخفي ما في هذين الخبرين من الظهور في ماذهب اليه الشيخ، والرد لما فسله ابن ادريس ، واستشكل بعني الإفاضل في هذه الاخبار بأن الامانة والقرض متعارضان ، ثم رجح الحمل على ما اذا كان صاحب المال ثقة ، والذي يدعى الوديعة متهما .

وفيه أن الامانة التي عادض بها دعوى القرض بناء على ماورد «من أن صاحب الوديعة مؤتمن » انما يتم البناء عليها مع الاتفاق على كون ذلك وديعة ، وأما مع الاختلاف كما في السورة المفروضة فلم تثبت الوديعة ، حتى يفرع عليه كونها أمانة ، وأن قول الامين مقبول ، وبالجملة فد عوى القرض لا معارض له الا دعوى الوديعة ، وهذه الدعوى غير مسموعة بظاهر هذه الاخبار الا بالبينة ، وكان الوجه فيه أنه باعترافه بقبضه المال يلزم منه اشتغال ذمته به حتى يؤديه الى صاحبه ، نظراً الى الحديث النبوى المتقدم ذكره ، ودعواه الوديعة لدفع المنمان عنه يحتاج الى البينة ، وحينئذ فالحكم بما دلت عليه الاخبار المذكورة .

نعم يجب تقييد الاولى من أن المال لازم لمن ادعى الوديعة مطلقا بما دلت عليه الثانية من اليمين على صاحب المال وأن القول قوله بيمينه ، والله العالم .

⁽۱) الكافى ج ه ص ٢٣٩ ح ٨ ، التهـذيب ج ٧ ص ١٧٩ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٢ ح ١ ٠

⁽۲) الكافى ج ه ص ۲۳۸ ح ۳، التهديب ج ۷ ص ۱۷۱ ح ۳۶، الوسائل ج ۱۲ ص ۱۷۸ ح ۱۲، الوسائل ج ۱۳ ص ۱۳۸ ح ۲۱،



erted by Till Combine - (no stamps are applied by registered version

كتساب العارية

والكلام في هذا الكتاب يقع في فسول:

القصل الاول - في جملة من الفوائد ينبغي تقديمها في المقام: الاولى - قال في التذكرة: العاربة بتشديد الياء عقد شرع لاباحة الانتفاع بعين من الاعيان على وجه التبرع، وشددت الياء كانها منسوبة الى العاد، لان طلبها عاد، قاله صاحب المسحاح.

وقال غيره: منسوبة الى العارة: وهي مصدر يقال: أعاد ويعير اعادة وعارة كما يقال: أجاب يبجيب اجابة وجابة، وأطاق يطيق اطاقة وطاقة.

وقيل انها مأخوذة من عاريمير اذا جاء وذهب، ومنه قيل للبطال عيّار لتردده في بطالته، فسميت عارية لترددها من يد الى يد . و قيل : انها مأخوذة من التعاور والاعتوار ، وهو أن يتداول القوم الشيىء بينهم ، وقال الخطائي في غريبه : ان اللغة الغالبة العارية وقد تخفف ، انتهى .

أقول: ومانقله عن الصحاح قد صرح به ابن الاثير في نهايته أيضا ، فقال: والعارية مشددة الياء كانها منسوبة الى العار ، لان طلبها عار وعيب ، وتجمع على العوارى مشدداً انتهى ، الا أن المفهوم من كلام أحمد بن محمد الفيومى في كتاب المصباح المنير تغليط ماذكره في السحاح والنهاية من الاشتفاق من المعنى الذي ذكراه ، لان العارية المبحوث عنها من الواد والعار بمعنى العيب من الياء .

ويؤيده كلام القاموس أيضاً ، حيث أنه ذكر العادية في مادة عور ، والعاد بمعنى العيب في مادة عير ، ثم انه نقل في المصباح أيضاً معنى زايداً على ما قدمنا ذكره ، وهو الاشتقاق من عاد الفرس اذا ذهب عن صاحبه ، لخروجها من يد صاحبها ، وغلطه أيضاً بأنه من الياء وفي القاموس أيضاً عده من الياء ، وفي القاموس أيضا . عد عاد بمعنى جاء وذهب ، والعياد المأخوذ من ذلك في مادة عير ، دون عود التي قد عرفت أن العادية مأخوذة منها .

وحينتذ فقد بطل هذا المعنى، فلم يبق الا الاشتقاق من التعاور بمعنى التداول، أو من العارة التي هي مصدر أعار يعير اعارة، وهذا هو الذي جمدعليه صاحب المصباح، والعجب من شيخنا العلامة ونحوه شيخنا الشهيد الثائي في المسالك حيث نقل كلام التذكرة، وجمد عليه حيث لم يتنبها لذلك، مع اختلاف أهل اللغة كما عرفت.

الثانية: لا ينخفى أن العادية مما ثبتت بالكتاب والسنة والاجماع، أما الاول: فقوله تعالى (١) و تعاونواعلى البروالتقوى، ولاديب أن العادية من جملة البسر، وقال تعالى (٢) و ويمنعون الماعون ، قال في كتاب مجمع البحرين:

⁽١) سورة المائلة_ الآية ٢ .

 ⁽۲) سوره الماعون _ الآية ٧ .

الماعون اسم جامع لمنافسع البيت ، كالقدر والدلو والملح والماء والسراج والمتعرة ونعو ذلك مماجرت العادة بعاريته .

وروى في كتاب من لا يمعضره الفقيه مرسلا (١) * قال: نهى النبى (سلى الله عليه وآله) أن يمنع أحد ألماعون جاده ، وقال: * من منع الماعون جاده ، منعه الله خيره يوم القيامة ، ووكله الى نفسه ، ومن وكله الى نفسه فما أسو * حاله » .

وروى فى الكافى عن أبى بعير (٢) د قال: كنا عند أبى عبدالله المالية ومعنا بعض أصحاب الاموال فذكروا الزكاة وساق النجبر الى أن قال: وقوله عز وجل د ويمنعون الماعون ، قال: هو القرض يقرضه ، والمعروف يصنعه ، ومتاع البيت يعيره ، ومنه الزكاة فقلت له: ان لنا جيراناً اذا أعرناهم متاعاً كسروه وأفسدوه ، فعلينا جناح أن نمنعهم ؟ فقال: لاليس عليكم جناح أن نمنعوهم اذا كانوا كذلك ، وفي خبر آخر عن سماعة (٣) عن أبى عبدالله المنالخ قال: والماعون أيضاً وهو القرض يقرضه ، والمتاع يعيره ، والمعروف يصنعه ، الحديث .

وأما الثانى فالاخبار الكثيرة ، منها ماذكر ، ومارواه فى التهذيب فسى الصحيح عن أبى بصير (٤) عن أبى عبدالله المالية (قال : سمعت يقول : بعث رسول الله (صلى الله عليه وآله) الى صفوان ابن أمية فاستعار منه سبعين درعاً باطراقها قال : فقال : أغصباً يامحمد ؟ فقال النبى (صلى الله عليه وآله) : بل عارية مضمونة » .

وقال في القفيه (٥) : استعار النبي (صلى الله عليه وآله) من صفوان بن أمية الجمحي سبعين درعاً حطمية ، وذلك قبل اسلامه فقال : أغصب أم عارية يا

⁽١) الفقية ج ٤ ص ٨ ، الوسائل ج ١ ص ٣١ ح ١٢ -

⁽٢) الكافي ج ٣ ص ٩٩٤ ح ٩ ، الوسائل ج ٦ ص ٢٨ ح ٣ ٠

⁽٣) الكافي ج ٣ ص ٩٩٤ ح ٨ ، الوسائل ج ٢ ص ٣١ ح ١١٠

⁽۱) الكافى ج ه ص ۱۶۰ ح ۱۰ التهذيب ج ۷ ص ۱۸۲ ح ۲ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۳۲ ح ۱ .

⁽ه) الفقية ج ٣ ص ١٩٣ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٨ ح ١ -

ج ۲۱

أبا القاسم ؟ فقال (صلى الله عليه وآله) : بل عارية مؤداة فبعرت السنة في العارية اذا اشترط فيها أن تكون مؤداة » .

أقول: فوله في الخبر الاول بأطراقها اختلفت النسخ في هذه اللفظة بكوتها بالفاء أو بالقاف ، وعلى تقدير الثاني الظاهر أن يكون المراد بها البيضة المحديد، قال في القاموس: الطراق ككتاب المحديد الذي يعرض ثم يدار فيجعل بيضة ، وعلى تقدير الاول فلمل المراد بها المغفر وما يلبس على الساعدين وغيرهما ، فانها تجعل في أطراف الدرع.

وقال بعض المحدثين: يحتمل أن يكون بالقاف ونسب النسخ التي بالقاء الى التصحيف وهوجيد، وأما الحطمية في الخبر الثاني بالمهملتين منسوبة الى الحطمة بن المحارب الذي كان يعمل الدرع ، كذا ذكره بعض المحدثين.

وفي كتاب مجمع البحرين وفي الحديث زوج رسولالله (سلى الله عليه وآله) فاطمة على درع حطمية تسوى ثلاثين درهما ، قيل سميت بذلك لانها تحطم السيوف أى تكسرها ، وقيل : هي العريضة الثقيلة ، وهي منسوبة الى بطن من عبدقيس يقال : حطمة بن الحارث كانوا يعملون الدروع ، انتهى .

وأما الثالث: فانه قال في التذكرة: لاخلاف بين علماء الامصار في جميع الاعصار في جلاف الاعصار في جلاف الاعصار في جلوت هبة الاعصار في جلوت هبة العصار في جلوت هبة المنافع والاعيان جلوبياً ، انتهى .

والمفهوم من الآية والآخبار تأكد استحبابها أما الآية فلان الله تعالى قد قرن تاركها بالساهى فى صلات ، فنسبهما معا الى الويل ، وهى كلمة يفال عند الهلكة ، وقيل : ويل وادفى جهنم ، وليس المراد بالسهو هنا هوالنسيان كما ربما يتوهم ، بل المراد المضيع لصلاته التارك لها عن أول وقتها كما وردت به الاخبار فى تفسير الآية المذكورة .

أما الاخبار فما تقدم في مرسلة الفقيسه حتى أن بعض العامة ذهب الى

وجوبها ، لما ردوه من مزيد التأكيد والترغيب فيها ، والجميع عندنا محمول على مزيد التأكيد والترغيب فيها ، والجميع عندنا محمول على مزيد التأكيد في استحبات بما يكاد بلحقها بالواجباب ، ويؤكدون في النهى عن المكروهات بما يكاد يدخلها في المحرمات .

الثالثة: مقتضى ماعرف به العارية في التذكرة كما تقدم نقله عنه من أنها عقد شرع لاباحة الانتفاع ، هو أنه لابد من الايجاب والقبول اللفظيين ، كما في سائر العقود ، ولهذا ان المحقق في الشرايع لما عرفها بأنها عقد ثمرته التبرع ، قال في المسالك : العقد اسم للايجاب والقبول ، وتعليق الثمرة عليه يقتضى أن للقبول مدخلاً فيها مع أن التبرع بالمنفعة يتحقق بالايجاب خاصة ، لان المتبرع انها هو باذل الغين ، لا المنتفع بها .

ثم قال: ويمكن الجواب بأن القبول لما كان شرطاً في صحة العارية لم يتحقق الثمرة بدوئه وان بذلها المعير، فائه لو تبرع المعير بالعين وأوقع الايجاب فرده الاخر لم تحصل الثمرة، وان حصل التبرع بالمنفعة فالمترتب على العقد هو التبرع على وجه يثمر ذلك، ولايتم بدون القبول، انتهى.

وهو كما ترى نص صريح في أيجاب الأيجاب والقبول ، وأنه لابد من عقد مشتمل عليها ، وأصرح منه ما صرح به أيضاً أخيراً حيث قال : واعلم ان جعلها عقداً يقتضي اعتبار الايجاب والقبول اللفظيين ، لان ذلك هوالمفهوم من العقد ، وان لم ينحصر في لفظ كما هو شأن العقود الجائزة ، وقد يتجوز في القبول فيطلق على ما يكفي فيه القبول الفعلي ، كما ذكروه في الوديعة والوكالة ونحو هما ، لكن يبقى الايجاب لا يتحقق العقد بدون التلفظ به ، وهذا هو الظاهر من عبارات كثير من الاصحاب انتهى ، هذا وقد صرح العلامة في التذكرة في الركن الرابع بماهوظاهر بلهوصريح في خلاف ماذكره في المسالك ، ومايفهم من ظاهر عبارته المشار اليها آنفا ، حيث صرح بأنه لا يشترط فيه اللفظ في الايجاب والقبول ،

بل يكفى مايقوم مقام ذلك من الامور الدالة على الظن بالرضا ، قال : لانه عقد ضعيف ، لانه يشمر اباحة الانتفاع ، وهي تحصل بغير عقد كما لوحسن ظنه بصديقه كفى في الانتفاع به عن العقد ، وكما في الضيف بخلاف العقود اللازمة ، فانها موقوفة على ألفاظ خاصة اعتبرها الشرع .

ثم قال في مسئلة أخرى: والاقرب عندى أنه لا يفتقر العادية الى لفظ، بل يكنى قرينة الاذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الاعادة والاستعادة ، لامن طرف المعير ولامن طرف المستعير ، كما لو رآه عادياً فدفع اليه قميصاً فلبسه تثبت العادية ، وكذا لوفرش لفيفه فراشاً أو بساطاً أو مصلى أو حصيراً أو ألتى اليه وسادة ، فجلس عليها أو مخدة فاتكى عليها كان ذلك اعادة ، بخلاف مالو دخل فجلس على الغرش المبسوطة، ولائه لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه ، وهو قول بعض الشافعية قضاء بالظاهر ، وقد قال غليها : « نحن نقضى بالظاهر » (١) ، ثم نقل عن بعض الشافعية الافتقار الى اللفظ ، وقال : والاقرب ما تقدم ، وقد جرت العادة بالانتفاع بظرف الهدية المبعوث اليه واستعماله ، كاكل الطعام من القسمة المبعوث فيها ، فانه يكون عادية ، لانه منتفع بملك الغير باذنه ، وان لم يوجد لفظ يدل عليها بل بشاهد الحال ، انتهى .

و هو جيد وجيه الا أن فيه عدولا عن مقتضى ما قدمنا نقله عنه أولا ، وهو الذي يقتضيه كلام غيره أيضاً .

وبالجملة فالظاهرهو ترتبذلك على الرضاكيف اتفق من المعيروالمستعير ولا دليل على مازاد على ذلك .

الرابعة: انهم قالوا ـ بناء على كونه عقدا كما تقدم نقله عنهم ـ : انه من العقود الجائزة التي لكل من المتعاقدين فسخه متى شاء .

⁽١) الفقيه ج٣ص٩ ح١١ ما نقله في الفقيه في هذا الباب ليس بهذه العبارة فراجع، الوسائل ج ١٨ بساب ٢٢ من ابواب كيفية الحكم، واحكام الدعوى من كتاب القضاء حديث ١ وما نقله في الوسائل ايضاً ليس بهذه العبارة، فراجع.

قال في المسالك: وهو موضع وفاق، إلا أنهم استئنوا من ذلك مواضع بعضها اتفاقي، وبعضها خلافي، أحدها الاعارة للرهن بعد وقوع الرهن عليه، فانه لارجوع للمعير، وتوضيح ذلك حيث أنه لم يسبق لهذه المسئلة تحقيق في كتاب الرهن ما أنه لواستعاد مال غيره ورهنه باذن المالك، فالظاهر أنه لا اشكال في صحة الرهن، بل نقل عليه في المسالك اجماع العلما، قال: وسعوه استعارة الرهن وجعلوها مضمونة على الراهن، وان تلفت بغير تفريط.

وبالجملة فانه يترتب عليه أحكام الرهن، فيلزم العارية، وتباع عندالحلول ويؤخذ الدين من ثمنها كما في غيرها من أفراد الرهن، وليس للمعير الرجوع فيها بحيث يتسلط على فسخ عقد الرهانة ثتم له مطالبة الراهن بالفك عندالحلول.

بقى الكلام فيما يبجب لمالكه فى صورة بيع المرتهن الرهن ، وأخذ ماله من قيمته بأن يكون وكيلا أوباذن الحاكم أو البايع الحاكم ، فقيل : انه يرجع المالك بأكثر الامرين من القيمة وما يبيع به ، وهو المشهور فى كلام الاصحاب .

قال في التذكرة: فاذابيع في الدين رجع المالك بأكثر الامرين من القيمة ومن الثمن الذى بيعت به ، لان القيمة ان كانت أكثر فهو المستحق للمالك ، لانها عوض عنه ، وان كان الثمن أكثر فهو عوض المين ، انتهى .

وفيه انه موهم لجواذ بيعه بأقل من القيمة ، وهو ممتنع ، اذلا يجوذ البيع بأقل من ثمن المثل فساعدا كما هوالحكم في كل وكيل ، وهذا أحدهم والتحقيق أنه ان باعه بثمن المثل فلا اشكال في أن للمالك ذلك ، وان باعه بأكثر منذلك فلا ريب أيضاً في أنه للمالك ، لأنه ثمن ملكه ، اذ العين باقية على ملكه الى وقت البيع ، ولا يتسور البيع بدون ثمن المثل كما عرفت .

هذا كله اذاكان مع اذن المالك كما تقدمت الاشارة اليه، أما لولم يكن باذنه فان للمالك انتزاعه بغير خلاف، ويدل عليه أيضاً مارداه في الفقيه عن أبان عن حريز (١) عن أبي عبد الله المالك عن حريز (١) عن أبي عبد الله المالك عن حريز (١) الفقيه ج ٣ ص ١٩٣ ح ١٩ الرسائل ج ١٣ ص ٢٤١ ص

ح ١ ، التهذيب ح ٧ ص ١٨٤ ح ١٢ .

فجاء أهل المتاع الى متاعهم؟ فقال : يأخذون متاعهم ، ورواه الكليني عن أبان بن عثمان عمن حدثه (١) عن أبي عبدالله عليها مثله .

وثانيها: لو أعاد أرضاً لدفن ميت مسلم ومن بحكمه، فانهم صرحوا بأنه لا يجوزال جوع فيها بعدالدفن، لتحريم النبش وتهتك حرمته الى أن تفنى عظامه. ونقل في التذكرة أنه موضع وفاق قال: أما لورجع قبل الحفر أوبعده قبل وضع الميت فانه يصح رجوعه، ويحرم دفنه فيه ولورجع بعد وضع الميت في القبر، وقبل أن يواريه بالتراب، فالاقرب أن له الرجوع أيضا، ومؤنة الحفراذا رجع بعد الحفر، وقبل الدفن لازمة لولى الميت، ولا يلزم لولى الميت الطم، لان الحفر مأذون فيه، انتهى.

واستشكل في المسالك والروضة في لزوم مؤنة الحفر لولي الميت فيما لولم يمكنه الدفن الاكذلك، قال: اذلا تقصير منه حينند، فينبغي كونه من مال الميت، ومراده أنه لوتمذر على الولى الدفن الافي أرض بهذه الصورة فانه لاتقصير منه في الدفن فيها، حتى أنه يغرم مؤنة الحفر لوأمكنه الدفن في أرض غيرها فانه يمكن مؤاخذته بقدومه على هذه الارض التي لصاجها الرجوع فيها قبل الدفن فلايكون أجرة الحفر فيها على الميت، ويكون أجرة حفر الارض الاخرى عليه أيضا، بل يكون أجرة هذا الحكم عليه خاصة لتقصيره، وأنت خبير بأن هذا الحكم هنامبنى على تحريم النبش، وقد تقدم في كتاب الطهارة في بحث غسل الميت (٢) أنه لم يقم لنا دليل واضح على التحريم الا ما يدعونه من الاجاع.

وثالثها : مالو أعاره جدارا ليضع عليه أطراف خشبته ، والاطراف الاخر حائمط المستعمير .

قال الشيخ: لم يكن له بعد الوضع الازالة وان ضمن الارش ، لانه يؤدى الى قلم جذوعه من ملكه مجيراً وهوغير جايز ، وتبعه ابن ادريس .

⁽۱) الكافي ج ه ص ٢٣٩ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤١ ح ١٠

⁽٢) ج ٤ ص١٤٣ .

وذهب العلامة في المختلف الى الجواز قال: لانه عارية فللمالك الرجوع فيها وان أدى الى تخريب مال الغير، لا تجباره بالارش، واليه ذهب في المسالك أيضاً، و تردد المحقق في الشرايع في ذلك .

ورابعها: لو أعاره لوحاً يرقع به السفينة ثم لج في البحر ، فانه لا يجوز للمعير هذا الرجوع مادامت في البحر ، لمافيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب المال ، أوتلف النفس ، قالوا : وهكذا في ما اذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعير لا يمكن استدراكه ، ولولم يدخل السفينة في البحر أو خرجت جاز الرجوع قطعا ، ولوكانت في البحر لكن يمكن اخراجها الى الشاطيء وجب اذا لم يحصل به ضرر على صاحبها ، قيل : ويحتمل الجواز ، ولوكانت في البحر وثبتت له القيمة مع تعذر المثل لمافيه من الجمع بين الحقين ، أو يقال : بجواز الرجوع وان لم يجب تعجيل التسليم ، وتظهر الفائدة في وجوب المبادرة بالرد بعد ذوال المانع ، وهو الضرر من غير مطالبة جديدة .

وخامسها : أن يعيره أرضا للزرع فيزرع فيها ، قال الشيخ : ليس له المطالبة بقلعه قبل ادراكه ، وان دفع الارش لان له وقتاً ينتهى اليه ، وتبعه ابن ادريس .

وقال في المختلف بعد نقل ذلك عنهما: ولوقيل له ذلك كان وجها، لانها عارية ، فلاتجب والظاهر أن مراده الجواذمع الارش ، والافهو مشكل : وبذلك صرح في المسالك فجوذ ذلك مدع الارش .

وسادسها: أن يعيره أرضاً ليبنى فيها أو يغرس مدة معلومة ، قال ابن المجنيد: لو أعاده براحاً ليبنى فيه أو يغرس مدة معلومة ، لم يكن لساحب الأرض أن يخرجه من بناء أو غرسه كرها قبل انقضاء المدة ، فان فعل ذلك كان كالفاصب وعليه أعلى قيمة بناء وغرسه قائما ومنفرداً ، ولو كانت الاعادة غير موقتة كان لساحب الارض اخراجه ، اذا أعطاه قيمة بناء وغرسه ، ثم يخرجه وهوبحاله .

وقال في المبسوط : اذا أذن له في الغرس ولم يعين مدة فغرسكان للمالك

مطالبته بالقلم ، اذا دفع الارش أن يغرم له ما ينقص فتقوم قائمة ومقلوعة ، ويغرم ما بين القيمتين ، وان قال المعير : أنا أغرم لك قيمتها أجبر المستعير على قلعها ، لانه لاضرر عليه فيه ، ولوقال المستعير : أنا أضمن قيمة الارض لم يكن له ذلك .

قال في المختلف بعد نقل كلام الشيخ المذكور : والوجه عندى أنه لا يجبر المستعير على أخذ قيمة غرسه ، بل له المطالبة بعينه والأرش ، وقال بعد نقل كلام ابن الجنيد : أما الحكم الثاني فقد وافق الشيخ فيه ، فيما تقدم وسنا ما عندنا فيه .

وأما الحكم الاول فالوجه أن للمالك المطالبة بالقلم مع دفع الارش ، كما قلنا في المطلق ، ولايجب الشراء ولوطلبه الغارس ، ونمنع مساواته للغاسب واختار ذلك في المسالك أيضاً .

الخامسة: قال في التذكرة: لاتخلو العين التي تعلقت بها العارية أما أن يكون جهة الانتفاع فيها واحدة أو أكثر فان كانت واحدة كالدراهم والدنائير التي لاينتفع بها الابالتزين والبساط الذي لاينتفع بها الافي فرشه، والدار التي لاينتفع بها الا بالسكني، فمثل هذا لايجب التعرض للمنفعة، ولا ذكر وجه الانتفاع، لعدم الاحتياج اليه اذ المقتضى للتعيين في اللفظ حصر أسباب الانتفاع وهو في نفسه محصور فلا حاجة الى مائز لفظى.

وان تعددت الجهات التي يحصل بها الانتفاع كالارض التي تسلح للزراعة والغرس والبناء، والدابة التي تسلح للحمل والركوب فلايخلو اما أن يعمم أويخصه بوجه واحد أو أذيد، أو يطلق فان عمم جاذله الانتفاع بسائر وجوه الانتفاعات المباحة المتعلقة بتلك العين، كما لوأعاره الارض لينتفع بها في الزرع والغرس والبناء وغيرذلك بلاخلاف، وان خصص الوجه كان يعيره الارض للزرع أو البناء أو الغرس اختص التحليل بما خصصه المعير، وبما ساواه وقصر عنه في الضرر مالم

ينس على التخصيص ، ويمنع من التخطى اليغيره ، فلايجوز له التجاوز قطعاً .

أقول: في جواذ التعدى مع التخصيص وان لم يمنع من التخطى الى غيره الى ماساواه أوقسر عنه اشكال ، للخروج عن موضع الاذن والرخصة ، فان الظاهر أن التخصيص في قوة المنع عن غيره ، ولاخلاف بينهم في عدم جواز الغير مع المنع عن غير ماخصه .

ثـم قال: وان أطلق فالا قوى أن حكمه حكم التعمـيم ، لان اطلاق الاذن فى الانتفاع يشعر بعموم الرضا بجميع وجوهه ، اذلاوجه من الوجوه أولى بالضرر من الاخر . ثـم قال: اذا أذن له فى الزرع فاما أن يطلق أويعمم أو يخصص ، ولابحث فى الاخيرين .

وأما الاول فانه يصح عندنا ويستبيح المستعير جميع الزرع، اختلف ضررها أو اتفق وهو أصبح وجهى الشافعية عملاً باطلاق اللفظ.

وقال بعضهم : تصبح العارية ولايزرع الا أقل الانواع ضرراً لاصالة عصمة مال المغير ، ولا بأس به .

أقول: ظاهره الرجوع عما أفتى به أولا في هذه المسئلة من العمل بالاطلاق وان اختلف الضرر، وهو وارد عليه أيضاً فيما ذكره من اختيار العمل بالاطلاق في المسئلة الاولى، مسع أنه قوى أن حكمه حكم التعميم، ثم قال: ولوقال: أعرتكها لزرع الحنطة ولم ينه عن غيرها كان له ذرع ماهو أقل ضرراً من الحنطة عملا بشاهد الحال كالشعير والباقلا، وكذا زرع ما يساوى ضره ضرر الحنطة، وليس له زرع ما ضره أكثر.

أقول: قد تقدم ما فيه من الاشكال ، ثم قال: ينقسم العادية باعتباد الزمان الى ثلاثة كما انقسمت باعتباد النفع اليها ، لان المعير قد يطلق العادية من غير تقييد بزمان ، وقد يوقت بمدة ، وقد يعمم الزمان كقوله أعرتك هذه الأرض ولايقرن لفظه بوقت أو زمان ، أو أعرتك هذه الأرض سنة أو شهر أو أعرتك هذه

الارض دائماً ، وانما جاز الاطلاق فيها بخلاف الاجارة ، لان العارية جائزة وله الرجوع فيها متى شاء ، فتقديرها لايفيد شيئًا .

أقول: الظاهر ان الغرض من التقييد بالمدة دواماً أو تعييناً انما هو صحة التصرف في هذه المدة المضروبة ، بمعنى أنه لايكون عاصياً في تصرفه ، وكذا مع الاطلاق، لا أنه يقيدالعارية بذلك ، اذ لااشكال من حيث كونها عقداً جايزاً ، أن له الرجوع متى أداد الا فيما تقدم من المواضع المستثناة ، ومتى رجع فانه ليس للمستعير التصرف ، فان تصرف ضمن .

الفصل الثاني في المعسير والمستعير:

وفيه مسائل: الاولى: لا اشكال في أنه يشترط في المعير أن يكون مالكا مكلفاً جائز التسرف، والمراد بالمالك ماهو أعم من ملك العين أو المنفعة، كما صرح به في التذكرة، فلاتسح اعارة الفاصب للنهي عن التصرف بدون اذن المالك والاعارة تسرف، ولا فرق بين غاصب العين أو المنفعة، ولا يجوز للمستعير التصرف والحال هذه مع العلم بالفصب وان تصرف كان ضامناً للمين والمنفعة بلاخلاف، والمراد بملك المنفعة كما لو استأجر عيناً، فاته يملك منفعتها فله أن يعيرها ولا أن يشترط عليه المؤجر مباشرة الانتفاع بنفسه، فيعوم عليه حينتذ الاعارة، وكذا الموصى له بخدمة العبد وسكني الدار، فانه يجوز له اعارتهما.

ولا يصح اعارة الصبى والمجنون، الا أن في الشرايع صرح بأنه لو أذن الولى للصبى جازت اعارته مع المصلحة ، مع أنه قد تقدم في كتاب البيع أن عقد الصبى لاعبرة به ، وان أجازله الولى ، وفرق بينهما في المسالك بأنه انما جازله هنا دون البيع ، لأن العارية لما كانت جائزة ولا تختص بلفظ بل كل مادل على رضاء المعير ، _ وهوهنا الولى _ كان اذنه للصبى بمنزلة الا يجاب ، فالعبرة حيننذ باذنه ، لا بعبارة الصبى .

ولايخفي مافيه سيما علىما تقدم تحقيقه في البيع من عدم قيام دليل على

ما ادعوه من الاختصاص بلفيظ مخصوص في عقد البيع وتحوه، وأن المناط انما هوما دل على الرضاء.

وبالجملة فان مظهر الجواذ وعدمه هوصحة تصرف المستعير والمشتري، سواءكان العقد لازماً أو جائزا، فان جوذناله ذلك بعقد السبي المأ ذون له من الولى، فلافرق فىذلك بين اللازم والجائز، والا فلا، إذ لامدخل لذلك في الجواذ وعدمه، كما لا يخفى، والمراد بالمعاد هنا ماكان ملكاً للصبى.

والظاهر من كلامهم أن تولية اعارة مال غيره يبنى على ماتقدم في اعارة مال نقسه ، من اذن الولى وعدمه ، وربما قيل باطلاق المنع هنا ، كما همو ظاهر اختيار المسالك .

وكما أنه لا يجوز للصبى والمجنون الاعارة استقلالاً لعدم جواز تصرفهما ، كذلك المحجور عليه لسفه أد فلس ، لاشتراك الجميع في المنع من التصرف ، والله سبحانه العالم .

الثانية: قد صرحوا بأن للمستعير الانتفاع بالعين المعادة بماجرت به المعادة في الانتفاع بها نوعاً وقدراً وصفة ، وهذا يرجع الى ماتقدم في الفايدة الخامسة من اتحاد جهة الانتفاع ، وعدم تعددها كالبساط الذي جرت العادة بغرشه، واللحاف الذي اقتضت العادة جعله غطاء ونحو ذلك ، وظاهرهم أنه لوخالف فالتحف بالبساط وفرش اللحاف فانه لا يجوز له ذلك ، لمخالفة العادة التي هي المتادرة من العادية هنا .

أما لوكانت وجوه الانتفاعات متعددة فانه يبنى على ما تقدم من التفصيل ، ولو نقص من العين شيء بالاستعمال أو تلفت من غير تفريط لم يضمن الا أن يشترط الضمان في العارية ، لأن اطلاق الاذن أو تعميمه يقتضى الانتفاع بالعين من غير تقييد بالكثير والقليل ، فما يحصل من النقص والتلف انما استند الى اذن المعير ، و ربما قيل : بضمان المتلف ، لأن الظاهر عدم تناول الاذن للاستعمال المتلف ،

وان كان داخلا في الاطلاق، ولا ينخلو عن قوة .

نعم لولم يكن الاستعمال متلفاً عادة ، وانما حصل التلف اتفاقاً ، فما ذكروه جيد والله سبحانه العالم .

الثالثة: قال في التذكرة: لا يعمل للمحرم استعارة السيد من المحرم، ولا من المحل، لأنه يحرم عليه امساكه، فلو استعاره وجب عليه ارساله، وضمن للمالك قيمته، ولو تلف في يده ضعنه أيضاً بالقيمة لساحبه المحل، وبالجزاء لله تعالى، بل يضمنه بمجرد الامساك عليه وان لم يشترط صاحبه الضمان عليه، فلو دفعه الى صاحبه برىء منه، وضمن لله تعالى.

أقول : لاريب فيما ذكره من عدم جواز الاستمارة في الصورة المفروشة لما ذكر من تحريم الامساك عليه .

بقى الكلام هذا فى مواضع: أحدها: انهم قالو: اذا استعاده بعقد العاديدة فهل يقع العقد فاسداً أم صحيحاً ؟ وجه الاول النهى عنه ووجه الثانى أثالتهى انما يكون مبطلا في العبادات، دون المعاملات، فالبطلان يحتاج الى دليل من خارج، وكلامهم في هذا المقام حيث عبر وا بأنه ولا يحل كما هنا أو ولا يجوز كما عبر به غيره، لا يدل على شى عن الأمرين صريحاً لان عدم الحل، وعدم الجواز أعسم من الفساد، الا أنك قد عرف آنفا أنه لادليل على هذا العقد الذى ذكر وه، فلا أثر لهذا الخلاف.

وثانيها: قوله: فلو أستعاره وجب عليه ارساله، فانه على اطلاقه مشكل، مل ينبغى تخصيص ذلك بما إذا كان استعاره من محرم، أمالو استعاره من محل فانه يجب رده على المالك، ويلزم عليه الفداء لله سبحانه خاصة، وبرء من حق المالك، وبذلك صرح في آخر العبارة المذكورة.

والظاهر أن مراده هوأن الواجب شرعاً هو الارسال، وأن قبضه من محل، وحينتُذ يضمن قيمته للمحل، فلو خالف الواجب ورده الى المالك برثت ذمته من

القيمة للمالك، وبقى حق الله سبحانه، ويشكل حينند بأنه متى كان الصيد مملوكا كما هو المفروض من قبضه من المحل، فقد تعارض حق الله سبحان ه بوجوب الارسال، وحق المالك، ومن القواعد المقررة عندهم مع التعارض تقديم حق الآدمى على حق الله تعالى، فالواجب حينند بناء على ماقلنا هورده على المالك، وضمان حق الله سبحانه، وأمالوكان المقبوض منه محرماً فانه غير مالك فيتعين الارسال مع عدم الضمان لمن قبضه منه .

وثالثها: ماذكره من أنه يضمن بالتلف لصاحبه المحل قيمته ، وان ذكره غيره أيضاً ، حيث انهم عدوا ذلك من العوارى المضمونة ، وان لم يشترط فيها الضمان ، الا أن فيه اشكالا ، لعدم الوقوف على دليل عليه في المقام ، ولم يصرحوا له هنا بدليل ، ومجر د تحريم الاستعارة لا بدل على الضمان ، سواء فيل : بفساد العقد الذي ادعوه هنا ، أم بصحته ، أما على تقدير الحكم بصحته فلما ذكر ناه من عدم الدليل ، والأصل في العارية أن يكون غير مضمونة الا ما استثنى ، وليس هذا منه ، لما عرفت .

وأما على تقدير الحكم بفساده فلما تقرر من القاعدة المشهورة دان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، ومالا فلا » .

ولو قيل: بأنه يمكن الاستدلال على الضمان باطلاق النصوص الدالة على أن المحرم اذا أتلف صيداً مملوكا فعليه القيمة لمالكه، وما نحن فيه كذلك، قلنا: هذا معارض بالنصوص الصحيحة الدالة على أن المارية غير مضمونة، الاما استثنى، وليسهذا منه، وليس تخصيص الثانى بالأول أولى من العكس، وترجيح أحدهما على الآخر يحتاج الى دليل، هذا كله إذا كان المستمير محرماً كما عرفت، فلوكان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل فظاهر كلامهم الجواذ.

قال في التذكرة: ولوكان الصيد في يد محرم فاستعاده المحل، فان قلنا المحرم يزول ملكه عن السيد، فلا قيمة له على المحل، لأنه أعاره ماليس ملكاله،

وعلى المحرم الجزاء لوتلف في يد المحل ، لتعديه بالاعارة فانــه كان يجب عليه الارسال » .

وان قلنا لايــزول صحت الاعارة ، وعلى المحل قيمته لوتلف الصيد عنده ، انتهى .

أقول: الااشكال في الحكم الثاني ، والاكلام فيه ، وإنماالكلام في الأول فانه ان حكم بسحة الاعارة وجوازها كما هو ظاهر العبارة ، وهو صريحه في القواعد والارشاد ، وبه صرح في الشرايع أيضاً ، فإن الاشكال يتطرق اليه من وجوه ؛ أحدها أنهم صرحوا بأن من شروط صحة الاعارة كون المعار ملكا للمعير ، وهو هنا منتف لما اعترفوابه من زوال ملكية المحرم عن الصيد ، فكيف تصح الاعارة و يحكم يجوازها .

وثانيها: أن تسليمه للمحل اعانة على الصيد، واثبات سلطنة عليه للغير، وهو محرم على المحرم، فلا يناسب اثبات البحواذ، ويمكن خدش هذا الوجنه بأنه لامنافاة بين تحريمه على المحرم، والجواذ للمحل، فيحرم الاعارة على المعير من حيث كونه محلاً، ونظائره في الاحكام غير عزيز.

وثالثها: أن تسليمه إذا كان محرماً على المحرم حسرم قبوله من المحل ، لما فيه من الاعانة على الاثم والعدوان المنهي عنه في سريح القرآن ، ولما ذكرنا قوى في المسالك الحكم بتحريم الاعارة في الصورة المذكورة ، وهوجيد لما عرفت .

ويحتمل ضعيفاً عدم الحكم بصحة الاعارة في الصورة المذكورة ، واليه يشير قوله في الثانية صحت الاعارة ، فان ظاهره أنه في صورة الحكم بعدم الملك لاتصح وحينتذ فلا اشكال ، الا أنه خلاف ما صرح به في كتبه ، وصرح به غيره ، والله سبحانه العالم .

الــرابعة : لواستعار مغصوباً فلا يخلو اما أن يكــون جاهلا بالغصب، أو

عالماً به ، فعلى الأول : فهل يتخير المالك في الرجوع بالاجرة وأرش النقس ، والقيمة مع التلف على الغاصب ، أو المستعير أو أنه انما يرجع على الغاصب خاصة ؟ المشهور الأول ، والوجه فيه ما تقرر في كلامهم من أن كل من ترتب يده على المغصوب ، فان يده يد ضمان عالماً كان أو جاهلا ، فيد المستعير هنا يدضمان، وقيل : بالثاني ، وب صرح في الشرايع والقواعد ، ووجه بأن المستعير مغرور يضعف مباشرته ، والسبب الغار أقوى .

وأنت خبير بما في الوجهين المذكورين ، وقد روى في الغفيه (١) دقال : قال على إليالا : اذا استعيرت عارية بغير اذن صاحبها فهلكت فالمستعبر ضامن ، .

ورواه الشيخ في الموثق عن اسحاق بن عمار (٢) عن أبى عبد الله ﷺ وأبى ابر هيم ﷺ مثله وظاهر اطلاقه اختصاص الضمان بالمستعير عالماً كان أوجاهلا .

ثم انه على تقدير القول المشهور من تخيير المالك لورجع على المستعير مع جهله كما هو المغروض ، رجع المستعير على الغاصب بما أغرمه المالك لدخوله ، على أن يكون العين والمنفعة غير مضمونة ، هذا كله في العاربة الغير المضمونة .

أما لوكانت مضمونة كالذهب والفضة ، فانه لايرجع المستعير على الغاصب بالقيمة لو تلفت العارية في يده ، لأن ضمانه إنما هو من حيث العارية ، لا من حيث التعدى .

نعم يرجع بأجرة المنفعة اذا أخذها منه المالك ، وكذلك يرجع بعوض النقصان قبل التلف ، لأن الجميع غير مضمون عليه ، وإنما دخل على ذلك ، ولـو رجع المالك على الغاصب لم يرجع الغاصب على المستعير إن لم تكن مضمونة ، والارجع عليه بما كان يضمنه ، هذا في صورة الجهل .

⁽۱) الفقيمة ج ٣ ص ١٩٢ وما أورده في الفقية ليس منسوباً الى على (عليه السلام) بل الظاهر انه ذيل رواية اسحاق بن عماد عن أبي عبدالله (عليه السلام) الذي هو ح ١ . (٢) المتهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٠ ح ١ .

وأما لوكان عالماً بالغسب فانه يكون ضامناً ، ولارجوع لــه على الغاصب ، و للغاسب الرجوع عليه اذا أغرمها المالك .

وبالجملة فان المستعير هنا غاصب كالذى أعاره ، ومن حكم ترتب الأيدى على المنصوب تخير المالك في الرجوع على أيهما شاء ، ويستقر الضمان على من تلفت العين في يده ، والله سبحانه العالم .

الفصل الثالث في العين المعارة -

وفيه أيضاً مسائل: الاولى: الضابط في المستعار عند الأصحاب هوأن يكون مما يصح الانتفاع به مم بقاء عينه ، وهو يتضمن شيئين بقاء العين مع الانتفاع ، وجواز ذلك الانتفاع ، فكلما يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه ، يصح اعارته ، كالمقارات والدواب ، والثياب ، و الأقمشة ، والأمتحة ، والصفر والحلى ، وكلب السيد والماشية ، والفحل ، وجميع أصناف الحيوانات المنتفع بها كالآدمى والبهائم ، ونحو ذلك .

وفى الصحيح عن محمدبن قيس (١) عن أبى جعفر الماللة د قال : قضى أمير المؤمنين الماللة في رجل أعار جارية فهلكت من عنده ولم يبغها غائلة فقضى : أن لا يغرمها المعار ، الحديث .

وفي رواية وهب(٢) عن جعفر عن أبيه عليه المنظمة المائية قال : من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن ، ومن استعار حراً صغيراً فعيب فهو ضامن ، .

وحمل المنمان حنا على الاستعارة من غير المالك أو التغريط والتعدي أو اشتراط المنمان. لما علم من عدم ضمان العارية الامع الوجوء المذكورة.

فأما مالايتم الانتفاع به الا باتلاف عينه كالاطعمة والا شربة ، فانه لايجوز

⁽۱) التهذيب ج ٧ ص ١٨٢ ج ٣ .

⁽۲) التهذيب ج ۷ ص ۱۸۵ ح ۱۷ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۱۳۷ ح ۹ و ص ۲۳۸ ح ۱۱ ۰

اعارتها ، لان المنفسة المطلوبة منها انما تحصل باتلافها وذهاب عينها والاباحة لم تقع على الاتلاف .

و كذا مالايجوز الانتفاع به ، فانه لاتصح اعارته كأوانى الذهب والفضة لللاكل والشرب فيها ، ولو استعار كلب الصيد للهو والطرب حرم ، ولو استعار للسكد المشروع جاذ ، والجوارى يجوز استعارتها للخدمة ولايجوز للاستمتاع ، لأن العادية ليست من الأسباب المبيحة للبضع ، والمحللات محصورة في أشياء ليس هذا منها .

وهكذا كل ماله منفعة محللة ومحرمة ، فانه يجوز الاعارة للاولى دون الثانية ، ولواستعاره للمحرمة فالوا: لم يجز الانتفاع به في المحلّلة ، والوجه فيه بطلان الاعارة من أصلها .

والظاهر أن التخصيص بالمنافع غالبي ، لماسياً تي انشاء الله تعالى من اعادة الغنم وهي المنحة والمنافع المأخوذة منها إنما هي أعيان كالصوف والشعر واللبن .

الثانية: قدتقدم في كلام العلامة في التذكرة وبه صرح في غيرها من كتبه مايدل على جواز التخطى مع الاذن في شيء مخصوص الى ماهو أدون منه ضرراً أو مساوله، وظاهره أنه لاخلاف فيه، وقد قدمنا ما في ذلك، وبما ذكرناه أيضاً صرح المحقق فقال: ويقتصر المستعير على القدر المأذون فيه، وقيل: يجوز أن يستبيح ماهو أدون في الضرر، كما يستعير أرضاً للغرس فيزرع، والأول أشبه واختاره في المسالك أيضاً، قال: وما اختاره المصنف أوجه، وقوفاً مع الاذن، لأن الأصل عدم جواز التصرف في مال الغير بغيراذنه، خرج منه ما يأذن فيبقى الباقى وكون الأدون أولى بالاذن منه من، فيدخل من باب مسفهوم الموافقة ممنوع، لجواز تعليق غرض المالك بالنوع الخاص، فالأولوية ممنوعة نعم لو علم انتفاء الغرض في التخصيص توجه جواز التخطى الى الأقل، انتهى وهوجيد.

بقى الكلام في أنه لو عدل الى الاض مع النهي أو الاطلاق كما هو محل

الاتفاق أو عدل الى المسادي والأدون مع النهى ، أو الاطلاق بناء على ما اختر ناه ، فهل يلزمه الأجرة بمجموع الزرع أو يسقط منها مقداد أجرة المأذون فيه وتثبت الزيادة خاصة اشكال ، ينشأ من أنه قد تصرف في ملك الغير بغيراذنه ، فان هذا التسرف الذي فعله غير مأذون فيه ، وبموجب ذلك يلزم ثبوت الأجرة كملاً ، ومن أنه قد أباحه المنفعة المخصوصة بذلك الفرد الذي أذن فيه ، فلاعوش لها ، فاذا تخطى الى غيرها كان مقدار منفعة ما أبيح له حلالاً ، لاعوش فيها ، وإنما الموض للزائد ، وعلى هذا لا يحصل في المساوي والأقل ضرواً الاالائهم خاصة .

والظاهر أن الأول أقوى، لأن ما أذن فيه المالك لم يستوفه ، وما استوفاه غير مأذون فيه بالكلية ، فتصرفه حينشذ عدوان محض ، وكون المالك أحل له التصرف في ذلك الفرد لا يستلزم اجزاء قدر مافيه من المنفعة في هذا الفرد الذى تصرف فيه من غير اذن ، فيجعل الضمان في ما زاد عن ذلك ، لأن تلمك المنفعة مخصوصة بذلك الفرد المجاز ، لا تعلق لها بهذا الفرد الاخر .

نعم لوكان المأ ذون فيه داخلاً في ضمن الفرد المنهى عنه كما لو أذن له في تعميل الدابة قدراً معيناً، فزاد عليه، أو أذن له في ركوبها بنفسه فأردف غيره معه، أمكن اسقاط قدر المأذون فيه، فلاأجرة عليه من حيث كونه مأذونا، وانما الأجرة في مقابلة ما زاده، ومثل ذلك مالوأذن له في زرع حنطة فزرع حنطة وغيرها.

ونقل عن العلامة أنه فرق بين النهي عن التخطي ، وبين الاطلاق ، فأوجب الأجرة كملا مع النهي ، وأسقط التفأوت مع الاطلاق ، بمعنى أنه لوأمره بزرع الحنطة مثلا ونهى عن غيرها ، فانه بالمخالفة يضمن الأجرة كملا ، ولو لم ينهه بل أمره بها من غيرتهى عن غيرها ، فأنه مع المخالفة إلى غير الحنطة مما هوأضر يعتبر قدر منفعة الحنطة فيسقط من الأجرة ويؤخذ الأجرة على ما زاد .

وهومبني علىمذهبه الذي قدمنا نقله عنه من جواز المساوى والأقل ضرراً

وانما المحرم ماكان أضر.

وأوردعليه في هذا التفصيل بأن الفرق غير واضح لأن التخطى غير مأذون فيه في كل. من الفردين المذكورين ، غاية الأمر أنه في صورة النهى جاء المنع من حيث النهى الذى نص عليه المالك ، وفي صورة الاطلاق وعدم النهي جاء المنع من حيث عدم الاذن ، اذقد علم من الشرع المنع من التصرف في مال الغير بغير اذن المالك ، وهذا لا يوجب اختلاف الحكم والله سبحانه العالم .

الثالثة: المشهور في كلام الأصحاب على وجه لا يظهر فيه خلاف أنه يجوز اعارة الشاة للحلب وهي المسماة عندهم بالمنحة بالكسر قال في المسالك: • وجواز اعارة الشاة لذلك ثابت بالنص على خلاف الاصل ، لأن اللبن المقصود من الاعارة عين لامنفعة ، وعدوا الحكم إلى غير الشاة مما يعد للحلب من الانعام وغيرها .

وفى التذكرة: « يجوز اعارة الغنم للانتفاع بلبنها وصوفها، وفى تعدى الحكم عن موضع الوفاق انكان حواعارة غيرالغنم نظر لللبن لعدم الدليل مع وجود المانع، وحو أن الاعارة مختصة في الأصل بالاعيان، ليستوفى منها المنافع، والنص من طرقنا غير واضح، ومن طرق العامة لايدل على غير الشاة ، انتهى .

أقول: لا يتخفى ما في كلامه من التدافع بين صدره وعجزه، فان صدره ظاهر في وجود نص من طرقنا بهذا الحكم، فانه حكم بثبوته بالنص على خلاف الأصل ومقتضاه كون ذلك النص من طرقنا كما لا يتخفى، ومقتضى كلامه أخيراً وقوله و والنص من طرقنا غير واضح، ومن طرق العامة لايدل على غير الشاة، كون مستند هذا الحكم إنما هوالنص الذى من طرق العامة، وأنه لانص من طرقنا، وهذا هوالحق الواضح، فانه لامستند لهذا الحكم في أخبارنا على الوجه الذى ذكروه.

نعم هنا أخبار قد استند اليها في التذكرة حيث ذهب في الكتاب المذكور اللي جواز اعارتها للانتفاع باللبن والسوف، قال يجوز اعارة الغنم للانتفاع

بلبنها وصوفها وهى المنحة ، وذلك لاقتضاء الحكمة اباحته ، لان الحاجة تدعو الى دلك ، والمنرورة تبيح مثل هذه الاعيان كما في استيجار الظلر .

وقد روى العامّة عن النبي (١) (صلى الله عليه وآله) أنه قال : « المنسمة مردودة » والمنحة هي الشاة .

ومن طرق الخاسة مادواه الحلبي (٢) في الحسن عن مولانا السادق الحلم المومة دفي الرجل يكون له الفنم يعطيها بنريبة سمناً شيئاً معلوماً أو دراهم معلومة من كلشاة كذاو كذافي كلشهر،قال: لابأس بالدراهم ولستأحب أن يكون بالسمن».

وفي الصحيح عن عبدالله بن سنان (٣) « أنه سأل الصادق المنظم من رجل دفع الى رجل غنمه للسمن ودراهم معلومة لكل شاة كذا وكذا في كل شهر ، قال : لا بأس بالدراهم ، فأما السمن فلا أحب ذلك ، الا أن يكون حوالب فلا بأس » ، واذا جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى ، انتهى .

أقول: قد قدمنا الكلام على هذه الأخبار ، وبيان ما اشتملت عليه من الحكم المذكور في المسئلة الرابعة من الغمل الحادي عشر من كتاب التجارة (٤) .

وظاهر العلامة هنا حملها على العارية ، مع أنه في المختلف بعد أن رد على ابن ادريس في انكاره هذه المعاملة ، ومنعها حيث أنها ليست بيماً ولا اجارة ، قال : والتحقيق أن هذا ليس ببيع ، وإنما هو نوع معاوضة ومراضاة غير لازمة ، بل سائفة ولا منع في ذلك ، انتهى .

على أن بعض الأخبار المشار اليها قد اشتمل على البقر أيضاً كما قدمنا ثمة وهـو لا يقول به ، والظاهر منها أيضاً بعـد ضم بعضها للى بعض أن المنـافع التي يستوفيها الراعى فيها إنما هو في مقابلة رعيها وحفظها وحراستها .

⁽١) النهاية : لابن الاثير ج ٤ ص ٣٦٤ .

⁽۲) و (۳) التهذيب ح ۷ ص ۱۲۷ ح ۲۵ و ۲۷ ، الكافى ج ۵ ص ۲۲۳ ح ۱ و ص ۲۲۶ ح ٤ ، الوسائل ج ۱۲ ص ۲۲۰ ح ۱ و ٤ .

⁽٤) ج ۲۰ ص ۲۰.

وبالجملة فان حملها على العارية كما ذكره بعيد غاية البعد، ويؤيد ذلك اتفاق الأخبار المذكورة على الاشتمال على أخذ العوض، مع أن العارية لاعوض فيها، ويزيده تأييداً أيضاً أن المستفاد من أخبار العارية أن المستعير الما له الانتفاع بالعين فيما يترتب عليها من وجوه الانتفاعات إن كان الاذن عاماً، وأما استبغاء الأعيان منها كاللبن والسمن ونحو ذلك فلم يقم عليه دليل، وهذه المستلة إنما أخذها الاصحاب من العامة، وهذه التسمية بالمنحة إنما هي في حديثهم المروي من طريقهم، والا فأحاديثنا خالية عن ذلك بالكلية.

وبالجملة فانه لامستند لهذا الحكم ظاهراً الا مايتراءى من دعوى الاتفاق إن تم، والا فالحجة غير واضحة ، وأما تعليل العلامة لذلك بقوله فيما قدمنا من كلامه باقتضاء الحكمة اباحته فعليل ، والله سبحانه العالم .

الرابعة: قد تقدم أن المارية من العقود الجائزة ، وللمالك الرجوع فيها ، سواء كانت مطلقة أو مقيدة بمدة الا في بعض المواضع التي تقدم استثنائها وتقدم نقسل خلاف ابن الجنيد في الأرض البراح يعيرها للبناء والغرس اذا قيد الاعارة بمدة ، في أنه ليس له الرجوع حتى تنقضي المدة ، فحكم بلزومها من طرف المعير حتى تنقضي المدة ، والمشهود خلافه .

بقى الكلام في أنه لو أذن له في البناء أو الغرس أو الزرع ثم طلب إذالته بعد ذلك ، فظاهر الأصحاب أن له ذلك من حيث جواز الرجوع متى شاء ، ولكن عليه الأرش من حيث الاذن ، وخالف الشيخ في الزرع ، فقال : ليس له المطالبة

⁽۱) الكافى ج م ص ۲۲۶ ح ۲ ، التهذيب ج ۷ ص ۱۲۷ ح ۲۶ ، الوسائل ج ۲۱ ص ۲۹۰ ح ۲ ۰

قبل ادراكه وان دفع الأرش ، لأن له وقتاً ينتهي اليه ، واقتفاه ابن ادريس في ذلك .

والأقرب بناء على قواعدهم في الباب من حيث ان الاعادة من المقود المجائزة هو جواز الرجوع مطلقاً ، الا ما قام الدليل على خروجه ، ولا دليل هنا وحديث (١) • الضرر والضرار ، لازم من الطرفين ، فلايمكن الترجيح به ، فيجب الرجوع الى الأصل من تسلط الناس على أموالهم ، مع أنه يمكن الجمع بين الحقين ، واندفاع الضرر من الجانبين ببذل الأرش من المعير .

والمراد بالأرش على ماقالوا: تفاوت ما بين كونه منزوعاً من الأرض وثابتاً فيها ، قال في التذكرة: ولكنه مخيس بين أن يقلعه و يضمن الأرش ، وهو قدر التفاوت بين قيمته مثبتاً ومقلوعاً الى آخر كلامه ، وهل المسراد بكونه ثابتاً في تلك الأرض في صورة تقويمه كذلك هو ثبوته مجاناً أو بأجرة .

قال في المسالك : كلام الشيخ في المبسوط صريح في الأول ، وهو الظاهر من كلام المصنف والجماعة ، مع احتمال اعتبار الثاني ، والى هذا الاحتمال مال (رحمه الله) ، ونقله عن التذكرة في غير هذا الموضع كما يأتى في كلامه .

وعلَّـل الأول بأن وضعه في الأرض لما كان صادراً عن إذن المالك تبرعاً اقتضى ذلك بقاؤه تبرعاً كذلك ، وإنما صير الى حواز القلع بالأرش جمعاً بين الحقــين ، فيقوم ثابتاً بغير أجرة مراعاة لحق المستعير ، ويقلع مراعاة لحق المعير .

وعلّل الثاني بأن جواز الرجوع في العادية لامعنى له الا أن تكون منفعة الأرض ملكاً لصاحبها ، لاحق لغيره فيها ، وحينتذ فلا يستحق الابقاء فيها الا برضاه بالاجرة ، وحق المستعير يجبر بالأرش ، كما أن حق المعير يجبر بالقلع ، وبأخذ الأجرة لو اتفقا على ابقائه بها ، قال : وهذا هو الأقوى ، واختاره في التذكرة في غير محله استطراداً .

⁽١) الكافي ج ه ص ٢٩٢ ح ٢ ، الرسائل ج ١٧ ص ٣٤١ ح ٣ و ٤ .

أقول: ومن هذا التعليل يظهر وجه ضعف التعليل الأول، لأن مبنى التعليل الأول على أن اذن المالك في وضع هذه الأشياء في أرضه اقتضى بقادًها فيها تبرعاً، وقد رده في التعليل الثانى بأن جواز الرجوع في العادية لا يتوجه الابأن يكون منفعة الأرض لساحبها لاحق لغيره فيها ، إذلو كان لغيره حق فيها لم يتوجه جواز الرجوع فيها ، وإذا لم يكن لغيره حق فيها فكيف يتجه ما ذكره في ذلك التعليل من بقائه تبرعاً بسبب الآذن في الوضع ، وحينتذ فلابد في تقويمه باقياً من اعتبار الأجرة ، إذ البقاء إنها يتوجه بها .

وبالجملة: فان الأذن في الوضع إنما اقتضى صحة التصرف، وأن لايكون غصباً ولاموجباً للمؤاخذة والاثم، وبرجوع المالك في ذلك بعد ذلك لايستحق البقاء فيها الا بالأجرة ان تراضيابها وحينئذ فاذا أريد التقويم بعد الرجوع لأخذ الأرش إنما تقوم باقية بالأجرة حيث انبه لايستحق البقاء بعد الرجوع بدونها، وتقوم مقلوعة، فيوخذ بالتفاوت بين القيمتين هذا مقتضى كلامه، وهوجيد بالنظر الى هذه الاعتبارات، والبناء على هذه التعليلات، وينبغى أن يعلم أن ثبوت الأرش إنها يكون في صورة اختلاف حالتى القلع والبقاء، وحيث ينتفى الاختلاف كما في صورة اختلاف حالتى القلع والبقاء، وحيث ينتفى الاختلاف كما في صورة ادراك الزرع وبلوغه، فانه متى رجع المالك في تلك الحال فانه لا أرش.

ولو بذل المعير قيمة البناء أو الغرس أو الزرع لم يجب على المستعير اجابته ، بل له قلعه واذالته مع أخذ الأرش من المعير ، وكذا لوبذل المستعير قيمة الأرش أو الأجرة لم يجب على المعير اجابته ، لأن كلاً منهما مسلط على ملكه ، لا يجوز التصرف فيه الا برضاه .

وخالف الشيخ في الأول فأوجب على المستعير الاجابة أذا بذل المعير قيمة الأشياء المذكورة معلما ذلك بعدم الضرر على المعير ، وقد تقدم نقل كلامه في الفائدة الرابعة من الفصل الأول (١) وضعفه ظاهر ، فأن مجرد انتفاء الضرر على

المالك غيركاف في جواز تملك ماله بغير رضاه .

والمشهور : أن للمستعير بيع أبنيته وغرسه ولو على غير المالك ، حيث أن الجميع ملك له يتصرف فيه كيف شاء .

وقيل لا يجوز له بيعه على غير المعير لعدم استفرار ملكه بر جوع المعير ، وفيه أن عدم استقرار ملكه غير مانع من البيع ، كما يباع المشرف على التلف ، ومستحق القتل قصاصاً وحينئذ فان كان المشترى جاهلا تخير بعد العلم بين الفسخ و عدمه ، وان كان عالماً كان حكمه حكم المستعير فيما يترتب على ذلك ، ولو اتفقا جميعاً على بيع ملكيهما بثمن واحد صبح ، ووزع الثمن عليهما ، فيقسط على أرض مشغولة به على وجه الاجارة ، مستحق القلع بالأرش أو الأبقاء بالاجرة أو التملك بالقيمة مسع التراضى ، وعلى ما فيها مستحق القلع على أحد الوجسوه فلكل قسط ما يملكه ، هذا .

وقد صرخ جملة منهم بأنه ليس للمالك المطالبة بالاذالة إلا بعد دفعه الأرش أولاً ، والا فلايجب اجابته الى ما طلب ، وعلل باحتمال تعذر الرجوع اليه با فلاس أو غيبة أو نحوهما فيضيع حق المستعير ، ويلزم الضرر عليه بخلاف ما إذا دفع أولاً .

ولو قبل: بأنه مع الدفع أولا يمكن أيضاً أن يهرب المستعير أيضاً ، ويتعذر مباشرته للقلع ، فيرجع الضرر على المعير أيضاً .

قلنا : هـذا الضرر يمكن دفعه ، بجـواز مباشرة الغير لذلك باذن الحاكم الشرعى مع امكانه ، أولا معه مع تعذره ، فلا ضرر حيننَّذ والله سبحانه العالم .

الخامسة: قال في التذكرة: يجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والأستظلال بالبناء والشجر ، لأنه جالس على ملكه ، وليس له الانتفاع بشىء من الشجر بثمر ولا غصن ولا ورق ولا غير ذلك ، ولابضرب وتد في الحائط ، ولا التسقيف عليه وليس للمستعير دخول الأرض للتفرج إلا باذن المعير ، لأنه تصرف غير مأذون

فيه ، نعم يجوز له الدخول لسقى الشجر ومرمة الجدار وحراسة لملكه عن التلف والضياع ، انتهى .

وعلى هذا المنوال عبادات في سائر كتبه وعبائرغيره في هذا المجال ، والوجه فيه أنه إذا أعاره أرضاً للنرس فيها فانه يجوز لكل منهما دخولها.

أما المعير فانه المالك لعينها ، فله الدخول في كل وقت شاء وله الاستظلال بالشجر وإن لم يكن ملكه ، لانه جالس في ملكه كما لوجلس في أرض مباحة و اتفق له التظليل بشجر غيره ، وانما يمنع من التصرف في الغرس خاصة .

وأما المستعير فلانه يملكالنرس الذى فيها ، فله الدخول لأجل اصلاحه ، والقيام به بسقي وضعوه مما يتوقف عليه حفظه وحراسته وليس له الدخول لغرض آخر غير مايتعلق بالغرس من التفرج وضعوه ، حيث أن الاستعارة وقعت مخصوصة بالغرس دون غيره .

وظاهرهم أنه لايجوز له الجلوس والاستظلال حيث أنهم خسوا ذلك بالمعير، ووجهه ظاهس كما عرفت ، ولم يذكس وا ذلك في المستعير ، الا أن الشهيد في اللمعة صرح بجواز ذلك لهما .

و علله الشارح بالنسبة الى المستعير بقضاء العادة بـ ذلك ، و مقتضى منعهـم المستعير هذا من الدخول للتفرح ، أنـ لا يجوز للغير دخول أرض غيره لـ ذلك بطريق الأولى الا باذن المالك ، وينبغى أن يستشنى من ذلك ما إذا كان المالك صديقا يعلم منه أويظن الرضاء بذلك ، والله سبحانه العالم .

السادسة: لاخلاف بين الأصحاب في أنه لايجوز للمستعير اعارة العين بدون إذن المالك ، والوجه فيه ظاهر لما تقدم ان من شروط الاعارة أن يكون المعير مالكا للمنفعة ، والمستعير ليس كذلك ، ولهذا لايجوز له أن يؤجروان كان له استيفاء ها من حيث الاذن المترنب على الاعارة .

ويؤيده أن الاصل عصمة مال الغير عن التصرف فيه الاباذن مالكه ، والاعارة

انما اقتضت تصرف المستمير خاصة ، فيبقى غيره داخلاتحت المنع ، وأيضا فان الاعارة انما تفييد اباحة الانتفاع ، والمستبيح لايملك نقل الاباحة الى غيره ، كالضيف الذى أبيح له الطعام ، فانه ليس له أن يبيحه الى غيره .

نعم يجوز للمستعير استيفا المنفعة بنفسه أو وكيله ، وهذا لا يعد اعارة ، لان النفع المستوفي عائد الى المستعير الالى الوكيل، ولم ينقل الخلاف هذا الاعن بعض العامة .

قال في التذكرة: وقال أبوحنيفة: يجوز للمستعير أن يعيره وهوالوجه الآخر للشافعية، لأنه يجوز اجارة المستأجر للعين، فكذا يجوز للمستعير أن يعير لأنه، تمليك على حسب ماملك.

والفرق أن المستأجر يملك بعقد الاجارة الانتفاع على كل وجه ، فلهذا ملك أن يملكها ، وأما في العارية فانه ملك المنفعة على وجه ما أذن له ، فلا يستوفيه غيره فافترقا ، انتهى .

والأظهر فى التعبير عن بيان الغرق أن مقتضى الا جارة تمليك المنفعة ، ورفع يدالمالك عنها ومقتضى العارية أباحتها خاصة ، مع تسلسط المالك عليها بالرجوع وان كان كلامه يرجع الى ذلك ، وبذلك يظهر أن ما ذكره أبو حنيفة ومن تبعه قياس مع الفارق .

بقى الكلام في أنه لوخالف المستعير فأعار غيره فالظاهر أنه لاخلاف في أن للمالك الرجوع فى العادية الثانية بأجرة المثل، وبدل العين لوتلفت على من شاء منهما، لكن لورجع على المعير لم يرجع على المستعير اذاكان جاهلا بالحال، فانه مغرور، وقد سلطه عليه بغيرعوض، الا أن يكون العارية مضمونة فيرجع عليه من هذه الحيثية ببدل العين خاصة لو تلفت كما هو حكم العوارى المضمونة، ولو كان عالماً استقر الضمان عليه كالغاصب.

وقال في التذكرة : وان رجع على المعير بأجرة المثل كان له الرجوع على المستعير العالم ، وفي الجاهل اشكال ، وكذا العين ، ونحوه في القواعد ،

والظاهر أن وجه الاشكال _ كما ذكره بعض شراح القواعد _ ينشأ مما تقدم مما يدل على عدم الرجوع ومن أنه قيد استوفى المنافع ، فيرجع عليه .

وأنت خبير بأن الموافق لقواعدهم انما هو عدم الرجوع لما عرفت من الوجه المتقدم ، ومجرد استيفاء المنافع مع تسليطه عليها مجاناً لا يوجب الرجوع عليه ولو رجع على المستعير قال في المسالك : رجع على المعير بما لايرجع عليه به ، لو رجع عليه ، لغروره .

وهوظاهر في رجوعه عليه بأجرة المثل وبدل العين مع فقدها ، وهى التى لا يرجع بها المستعير هنا على لا يرجع بها المستعير هنا على المعير ، لأنه قد غره باعارته له وهوجاهل ، وتصرف فيه بناء على أن ذلك مجاناً ، فلما رجع عليه المالك وأغرمه استحق الرجوع على من أعاره وغره .

وقال في التذكرة: فان رجع على المستعير لم يرجع المستعير على المعير وانكان جاهلا على اشكال .

وأنت خبير بأن الموافق لقواعدهم انما همو ما ذكره في المسالك ، فان هذه المسئلة من جزئيات مسئلة من استعار من الغاصب ، والمعير هنا باعارته بدون اذن المالك غاص ، فيترتب على اعارته ما يترتب على اعارة الغاص .

وما ذكره في المسالك هو مقتضى ما فسلوه في اعارة الغاصب كما تقدم ذكره في المسئلة الرابعة من الفصل الثاني (١).

السابعة: لو أذن له في غرس شجرة فانقلمت، فهل يجوز له أن يغرس غيرها استصحاباً للاذن الاول؟ قيل: نعم لما ذكر، فان الاذن قائم مالم يرجع المعير.

وقيل: بعدم الجواز لأن الاذن انما وقع في ذلك الأول لافي غيره، فقوله ان الاذن قائم مطلقا ممنوع، ومثله الزرع والبناء ووضع الجذع، الا أنه قال في التذكرة: لو انقلع الفصيل المأذون له في ذرعه في غير وقته المعتاد، أوسقط الجذع كذلك، وقصر الزمان جداً فالاولى أن يعيده بغير تجديد الاذن، انتهى.

الفصل الرابع فيما يلحق ذلك من الأحكام في المقام .

وفيه أيضاً مسائل: الاولى: لاخلاف بسين الاصحاب في أن العاربة أمانة في يد المستعير ، لاتستعف الضمان الا في مواضع مخصوصة يأتى التنبيه عليها انشاء الله تعالى ، فلوتلفت في يد المستعير بغير تفريط ولا عدوان فلاضمان عليه ، سواءكان التلف بآفة سماوية أو أرضية .

وبذلك تكاثرت الأخبار فروى فى الكافى والتهذيب فى الصحيح أو الحسن عن الحلبى (١) عن أبى عبدالله عليه وقال: اذاهلكت العارية عند المستعير لم يضمنها الاأن يكون قد اشترط عليه وزاد فى الكافى قال: وفى حديث آخر داذا كان مسلما عدلاً فليس عليه ضمان .

وعن عبدالله بن سنان (٢) في الصحيح قال: قال أبو عبدالله المالية الا أن يكون قد اشتر طفيها ضماناً الا الدنائير فانها مضمونة وان لم يشتر طفيها ضماناً الا

وعن ذرارة (٣) فى الصحيح « قال : قلت لأبى عبد الله المالية مضمونة ؟ قال : فقال : خقال : جميع ما استعرته فتوى ، فلا يلزمك تواه ، الا الذهب والفضة ، فانهما يلزمان الا أن يشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه ، و كذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك يلزمك ، والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك » .

وروى المشايخ الشلاثة بأسانيدهم وفيها الصحيح عن محمدبن مسلم (۴) عن أبى جعفر المنال و قال : سألته عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك أو تسرق قال : فقال : اذا كان أميناً فلاعزم عليه » .

⁽۱) الكافى ج ه ص ٢٣٨ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٦ ح ١ و ٧ .

⁽۲) و (۳) الكافى ج ه ص ۲۳۸ ح ۲ و ۳، الوسائل ج ۱۳ ص ۴۳۹ ح ۱ و ۲ التهذيب ج ۷ ص ۱۸۳ ح ۷ و ۹ .

⁽٤) الكافى ج ه ص ٢٣٨ ح ٤ ، الفقيمة ج ٣ ص ١٩٧ ح ٢ التهذيب ج ٧ ص ١٨٢ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٧ ح ٧

وروى فى الكافى والتهذيب فى الصحيح عن عبد الله بن سنان (١) دقال : سألت أبا عبد الله الله المارية ؟ فقال : لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان مأمونا » .

وروى الشيخ عن الحلبي (٢) في الصحيح عن أبي عبد الله على د قال : صاحب الموديعة والبضاعة مؤتمنان ، وقال : ليسس على المستعير عارية ضمان ، وصاحب المارية والوديعة مؤتمن » .

وعن عبد الملك بن عمر و (٣) عن أبى عبدالله على الله على صاحب العارية ضمان الا أن يشترط صاحبها الا الدراهم ، فانها مضمونة اشترط صاحبها أو لم يشترط » .

وعن اسحاق بن عمار (٤) في الموثق عن أبى عبدالله وأبى ابراهيم التَّقَلَّاءُ « قالا : العارية ليس على مستميرها ضمان ، الاما كان من ذهب أوفضة فانهما مضمونان اشترط أولم يشترط » .

ورواه في الفقيه باسناده عن اسحاق بن عماد أيضاً وعن محمد بن قيس (٥) في الصحيح عن أبى جعفر الحكلاد قال : فشى أمير المؤمنين الحكل في رجل أعاد جادية فهلكت من عنده ولم يبغها غائلة فقشى الحكل أن لايغرمها المعاد ، ولا يغرم الرجل إذا استأحر الدابة مالم يكرهها أو يبغها غائلة » .

و عن مسعدة بن زياد (١) عن جعفر بن محمد الجالج و قال : سمعته يقول الاعزم على مستعير عارية إذا هلكت أو سرقت أو ضاعت إذا كان المستعير مأموناً » . وأما مارواه الشيخ عن وهب (٧) عن جعفر عن أبيه أن علياً الجالج كان يقول :

⁽١)و(٢) التهذيب ج٧ ص١٨١ ح ١و١ ، الوسائل ج١٣ ص٢٣١ ح١وص٢٣٧ ح١٠

⁽٣) و (٤) التهذيب ج ٧ ص ١٨٤ ح ١١ وص ١٨٣ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٣

ص ۲۶۰ ح ۳ و ۶ ، الفقيلة ج ۳ ص ۱۹۲ ح ۱ •

⁽ه) الدِسائل ج ۱۳ ۲۳۷ ح ۹ ۰

⁽٦) و (۷) التهذیب ج ۷ ص ۱۸۵ ح ۱۱ و ص ۱۸۵ ح ۱۷ ، الوسائیل ج ۱۳ ص ۲۳۷ ح ۱۰ و ص ۲۳۸ ح ۱۱ ·

من استمار عبداً مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن ، فلا يخفى ما في حال راويه من الضعف ، فلا يبلغ قوة في معارضة ما ذكرناه من الأخبار ، وحملها الشيخ على من الشعار بغير إذن المالك ، وجوز حمله على من فرط ، وعلى من شرط عليه الضمان .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن تحقيق الكلام في المقام يقع في موارد ، الاول : المفهوم من كلام الأصحاب ان العارية تضمن في مواضع ، فهي عندهم مستثناة من القاعدة المتقدمة ، الأول اشتراط الضمان ، وهو متفق عليه نساً وفتوى ، وقد تقدم في صحيح الحلبي أوحسنته الدلالة على ذلك ، و مثله صحيح عبدالله بسن سنان ، وصحيح رادة .

الثانى: الذهب والفضة وعليه تدل جملة من الأخبار المذكورة ، وسيأتى في الموضع الثانى تحقيق الكلام في ذلك .

الثالث: التعدي والتفريط، وعليه قوله في صحيح محمد بن قيس المتقدم، ولا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبغها غائلة، وأيضاً فان معنى عدم ضمان الأمانة في كل موضع ذكروه ليس إلا من حيث التلف مع عدم التعدي والتفريط، فاستثنائه في الحقيقة مستغنى عنه.

الرابع: العارية من غير المالك، ويدل عليه موثقة اسحاق بن عمار(١)عن أبي عبدالله عليه المراهيم المالك الله عليه الله عليه المراهيم المراهيم

وهذا الموضع في الحقيقة كسابقه ، لأن هذه كما تقدم تحقيقه ليست بعارية ، وان عبر عنها بذلك ، فان اعارة الثاني لها غسب ، فهذه الصورة في الحقيقة ترجع الى صورة التعدى والتفريط ، لتعدى المعير الثاني في اعارته بغير إذن المالك ،

الخامس: ما تقدم من عاربة الصيد للمحرم ، وقد تقدم ما فيه من الاشكال بالنسبة إلى حق المالك في المسئلة الثالثة ، من الفصل الثاني وأما بالنسبة إلى حق

⁽١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٠ ذيل حديث ١ .

الله تعالى فلا اشكال فيه .

السادس: ما نقل عن ابن الجنيد من حكمه بضمان الحيوان قال على ما نقله عنه في المختلف، وليس يضمن المعار تلف ماتلف منها إذا كان السلعة متاعاً الأأن يتعدى، وما كان منها عيناً أو ورقاً أوحيواناً ضمن المعار تلف ذلك، إلا أن يشترط المالك سقوط الضمان عنه.

و تقل في المختلف عنه الاستدلال بقوله (١) دعلى اليد ما أخذت حتى تؤدى ، وبرواية وهب (٢) ولا يخفى ما في دليله المذكور من الوهن والقسور مع تظافر الإخبار كما عرفت بالعدم ، مضافاً الى الأسل ومما ذكرنا علم أن الاستثناء في التحقيق انما يتجه في المواضع الثلاثة الأول ، بل في الموضعين الأولين خاصة ، لما عرفت في الثالث من عدم الحاجة الى استثنائه ، وأن ذلك ظاهر من حكمهم بعدم ضمان الأمانة .

وقسم في المسالك العادية بالنسبة الى الضمان وعدمه مع الشرط وعدمه الى أقسام أدبعة : أحدها : ما يضمن ، وان اشترط عدم الضمان ، وعدمن ذلك صورة التعدى والتفريط ، والسورتين التاليتين لها ، ثم قال : ويحتمل قوياً سقوطه في الأول ، لأنه في قوة اذن المالك له في الا تلاف مجاناً ، فلا يستعقب الضمان .

وأما الأخيرتان فالأمس فيهما واضع ، لأن اسقاط غير المالك الضمان لمال المعير لاعبرة به ، وكذلك اسقاط الضمان عن المحرم ، لانه ثابت عليه من عند الله سبحانه ، باعتباركونه مملوكا .

أقول: ما احتمله في السورة الأولى من هذه الثلاث وقواه جيد، بل الظاهر أنه متمين .

وأما الأخير تان فقد عرفت أنهما ليستامن باب العارية التيهي موضوع

⁽١) المستلدك ج ٢ ص ١٠٥٠

⁽٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ١٧ الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٨ ح ١١٠

الكتاب ، ومحل البحث فيه ، وان تجوزوا فيهما باطلاق هذا اللفظ فاطلاقهما وادخالهما في التقسيم لا يخلو من اشكال .

وثانيها : مالا يكون مضموناً وان اشترط الضمان ، وهو استعارة المحل للصيد من المحرم ، قال : وقد تقدم تسمية المصنف له استعارة .

أقول: هذا أيضا مبني على القول بصحة الأعارة في الصورة المذكورة ، كما هو ظاهر جمع ممن قدمنا ذكره ، والتحقيق هـو البطلان كما تقدم بيان وجهه فلا ثمرة لعده هنا ، بناء على ما هو التحقيق في المسئلة .

وثالثها: ما يكون مضموناً إلا أن يشترط عدم الضمان وهو استعارة الذهب والفضة أقول: ويضاف إليهما الحيوان بناء على مذهب ابسن الجنيد، وإن كان قد عرفت ضعفه .

ورابعها : ما لايكون مضموناً الا أن يشترط الضمان، وحبو باقى أقسامها .

أقول: وبما ذكرنا خلال كلامه ظهر أنه لاشيء من العادية يكون مضموناً الا أن يفرط ويتعدى فيه ، أو يشتسرط فيه الضمان ، الا الذهب والغضة ، فانهما مضمونان اشترط أو لـم يشترط ، وهذا هومقتضى الأخبار التي قد مناها ، والله سبحانه العالم .

المورد الثانى لاخلاف ولا اشكال بسين الأصحاب في ضمان عارية الدراهم والدنانير من غير شرط، لما تقدم من الأخبار المشتملة جملة منها على الذهب والقضة وبعض على الدنانير والدراهم .

وانعا الخلاف والاشكال في غيرهما من الذهب والفضة ، كالمحلى المصوغ والسبائك ونحوهما ، ومنشأ الخلاف من حيث اشتمال بعض الاخبار على الذهب والفضة بقول مطلق ، واشتمال بعض على خصوص الدراهم والدنانير ، فمن ذهب الى العموم نظر الى الاخبار الدالة على استثناء هما من عموم عدم الضمان في العارية ، وان تخصيص الدراهم والد نانير بالذكر في بعض آخر ، انما هو من

حيث كونهما أحد أفراد الذهب والفضة ، ولامنافاة بينهما ، ومن ذهب الى التخصيص بالدراهم والدنانير نظر الى أن ما دل على الذهب والفضة مطلق ، وما دل على الدراهم والدنانير مقيد ، ومقتضى القاعدة العمل بالمقيد ، وتقييد المطلق به .

وأيده بعضهم بأن منفعة الدراهم والدنانير منحصرة في الاتبلاف ، فكانت مضمونة بالاعادة ، وأما غير هما من المصوغ فان له منفعة مع بقاء عينه ، وهي التجمل ونحوه ، ومن أجل ذلك توقف في المسئلة جملة من الأصحاب منهم العلامة في التذكرة ، وهو في محله لما عرفت من تعارض احتمال الجمع بين روابات المسئلة ، الا أنه يمكن أن يقال أن نصوص هذه المسئلة على أقسام ثلاثة :

منها ماهو مطلق في عدم النمان من غير تقييد ، كحسنة الحلبي (١) و صحيحة محمد بن مسلم (٢) وصحيحة عبدالله بن سنان (٣) وصحيحه الحلبي (٤) ورواية مسعدة بن صدقة (٥) فان الجميع مشترك الدلالة في عدم الضمان في العادية من غير فرق بن كونها ذهبا أوفضة أو غيرهما .

ومنها مادل على استثناء الذهب والفضة من هذا الحكم ، وأنه يضمن الامع اشتراط العدم ، وهو صحيح زوارة (١) وموثق اسحق بن عمار (٧) .

ومنها مادل على استثناء الدراهم والدنانيروهو خبر عبدالملك بن عمر و (٨)، حيث ورد باستثناء الأول ، وصحيح عبد الله بن سنان (٩) حيث ورد باستثناء الأول ، وصحيح هذه الاخبار انما وقع من العموم الذي دلت عليه أخبار القسم الأول .

وحينتُ فيجب اخراج الدراهم والدنانير واستثناء هما على كل حال من ذلك العموم ، لتصريح بعض الأخبار بهما بخصوصها ودخولهما في الذهب والفضة اللذين اشتمل عليهما البعض الآخر ، بفي العموم فيما عداهما مع معارضته بمطلق

⁽۱) و (۲) و (۳) و (٤) و (۵) الوسسائل ج ۱۳ ص ۲۳۲ ح ۱ و ۳ و ص ۲۳۲ ح ۷ و ۲ و ۱۰ والراوی هو مسعدة بن ذیاد کما تقدم .

⁽٦) و (٧) و (٨) و (٩) الوسائل ج١٢ ص١٣٩ ح١وص ٢٤ ح١٩٩ ح١٠

الذهب والفضة ، ومقتضى القاعدة تخصيص العموم بهما ، فيجب استثناء هما من العموم المذكور ، والقول بالضمان فيهما اشترط او لم يشترط الامع اشتراط العمدم .

وأما ماذكر مالقائل بالتخصيص من أن الذهب والفضة مطلق ، والدراهم والدنانير مقيد ، فيجب تقييد هما بذلك ، ففيه أنه لاتعارض بين أخبار الذهب والفضة ، وبين أخبار الدراهم والدنانير ليجب ارتكاب الجمع بينهما بتقييد المطلق منهما بالمقيد ، وانماكل من هذين الفردين قدوقع مستثنى من العموم الأول ، ومخصصاً له ، قاخر جنا الدراهم والدنانير من ذلك العموم ، لاتفاق الأخبار على استثناء هماكما عرفت وجه الجمع فيه .

وبالجملة فان العموم الذى دلت عليه أخبار القسم الأول قدخصص بمخصصين، أحدهما أعم من الآخر ، فيجب أن يخص ذلك العام بكل منهما ، أويقيد مطلقه بكل منهما ، ولامنافاة بين ذينك المخصصين ، على أن أحد هما يخصص الآخر أو يقيده ، وهو بحمد الله سبحانه ظاهر .

وأما التعليل بأن الدراهم والدنانير تنحصر منفعتهما في الاتلاف، فكانت مضمونة بخلاف غيرهما : ففيه أولا أن هذه العلة لا أثر لها في النصوص، فهى مستنبطة، و ثانياً الانتقاض بالنقاد والسبائك ونحوهما مما لا يترتب عليه أثسر بالتجمل والتزيّن الذي ذكروه في المصوغ، على أن ظاهر كلام المبسوط والخلاف أن للدراهم والدنانير منفعة غير الاتلاف كما سيأتي انشاء الله في كتاب الاجارة.

وأما ما تكلفه صاحب الكفاية في هذا المقبام، وزعم به عدم ثبوت الضمان في الذهب والفضة ، فلا يخفى ما فيه ، وحاصل كلامه أنه قد وقع التعارض بسين المستثنى منه في خبر الدراهم والدنانير ، وحاصله أنه لا ضمان في غير الدراهم والدنانير ، فهو يدل على عدم الضمان في الذهب والفضة ، وبين المستثنى في خبر الذهب والفضة ، فهو يدل على الضمان في غير الذهب والفضة ، فهو يدل على الضمان

فيهما ، والنسبة بين الموضعين العموم من وجه الى آخر كلامه .

وفيه أنه إن سمى هذا تعارضاً يحتاج الى الجمع فانه وارد عليه في المدراهم والدنانير ، فانه لم يقع استثناءهما في محل واحد بل دل صحيح عبدالله بن سنان على استثناء الدنانير خاصة . وحاصله أنه لا ضمان في العاربة الاأن يكون دنانير ، وبموجبه أنه لا ضمان في الدراهم ، ودل خبر عبدالملك بن عمر و على استثناء الدراهم خاصة ، وحاصله أنه لاضمان في العاربة الاأن يكون دراهم وهو ظاهر في عدم الضمان في الدنانير ، فيجرى فيه ما أورده ثمة ، والتعارض بين المستثنى منه في كل من الخبرين ظاهر ، ولا نراه تكلفاً للجمع بينهما هنا ، مع ظهور التعارض كما عرفت ، بل عمل بالخبرين ، وخصص بهما عموم الأخبار الدالة على أنه لاضمان في العاربة ، وما نحن فيه من أخبار الذهب والفضة مع أخبار على أنه لاضمان في العاربة ، وما نحن فيه من أخبار الذهب والفضة مع أخبار الدواهم والدنانير كذلك ، حيثما شرحناه .

وبما أوضحناه يظهر قوة القول باستثناء الذهب والفضة ، ووجوب ضماتهما ، والله سيحانه العالم .

المورد الثالث: ظاهر جلة من الاخبار المتقدمة أنه يقبل قول المستعير لو ادعى التلف بغير يمين ، وفتوى الأصحاب على خلاف ذلك ، حيث انهم صرحوا بأنه إنما يقبل قوله بيمينه ، ونقل في التهذيب عن ابن بابويه (١) أنه قال : مضى مشايخنا (رحمة الله عليهم) على أن قول المودع مقبول ، وأنه مؤتمن ولايمين عليه .

وقد روى (٢) أن رجلاً قال للصادق الجلال : بأنى ائتمنت رجلا على مال أودعته عنده، فخاننى وأنكر مالى فقال : لم يخنك الأمين، وإنما ائتمنت الخائن انتهيم .

وظاهر هذا الكلام يدل على أنه في كل موضع يحكم بكون المال أمانة فلا يمين على من هو بيده لو ادعى تلفه أو أنكره ، ويدخل فيه العارية والوديعة

⁽۱) و (۲) التهديب ج ۷ ص ۱۸۱ في ذيل ح ۸ و ح ۹ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۲۸ ح ۲ ۰

والقراض ونعوها مما حكم بكون المال فيه أمانة ، مع أن صريح كلام الاصحاب في هذه الأبواب كما صرحوا به في غير كتاب _ هو أنه لا يقبل قول أحد من هؤلاء الا مع اليمين ، ولم أقف في الأخبار الواردة في هذه الأبواب على ما يدل على ما ادعوه ، بل ظاهرها إنما هو قبول قولهم بغبر يمين .

وقد تقدم في كتاب الوديعة جملة من الأخبار الدالة على ماقلناه ، ومثلها الأخبار الواردة هنا في العارية ، فان ظاهرها أنه متى كان المستودع أو المستعير مأموناً فلا ضمان عليه ، بمعنى أنه يقبل قوله بمجرد دعواه التلف ، أو الانكار ، فان قوله إلى في صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة : « إذا كان أميناً فلا غرم عليه » ، ظاهر فيما ذكرناه .

لا يقال أن العارية إنما تضمن باشتراط لضمان، وبدونه لاضمان، فلاغرم فيها لأنا تقول: نعم إذا علم المالك بالتلف ووافق عليه فلا ضمان هنا الامع الشرط وأما مع عدم ذلك بل ادعائه بقاء العين أو التغريط فيها فالذي صرحوابه أنه لا يقبل قوله إلا باليمين، وهذا محل البحث في المسئلة، فان ظاهر هذا الخبر كما ترى أنه متى كان المستعير أميناً فلا عزم عليه وهو ظاهر في قبول قول من غير يمين.

قال شيخنا المجلسي (قدس سره) في حواشيه على هذا الخبر : يمكن أن يكون المراد بالأمين من لم يغرط في حفظها أو المعنى أن لم كان أميناً فلاغرم عليه ، وبالجملة لولا الاجماع لكان القول بالتغصيل قوياً ، انتهى.

أفول: لايخفى أن ارتكاب التأويل في الخبر فرع المعارض، وليس إلا الاجماع الذي أشار اليه، وهولاتصلح للمعارضة لما ذكره هو وغيره من المحققين في هذه الاجماعات، مع أنك قد عرفت خلاف الصدوق (رحمه الله) في المسئلة، مع جماعة من مشايخه الذين نقل عنهم ذلك.

ومثله الشيخ في النهاية كما قدمنا نقله عنه في كتاب الوديعة وغيرهم ممن

تقدم ذكره ، فالاجماع غير ثابت لوسلم حجيته .

على أن ما ذكره من التأويل بحمل الأمين على منهم يفرط في حفظها بعدم بعيد جداً ، لعدم جريانه في ما اذا ادعى المالك عليه التفريط مع عدم العلم بعدم التفريط ، الامن قبل المستعير ، ولأنه تخصيص لمعنى الأمين ، والعدل من غير مخصص ، بل استعمالهما في غير معناهما المتبادر لغة وشرعاً ، بل المستفاد من الخبر انما هو المعنى الثاني الذي ذكره ، ونحو الخبر المذكور قوله الجائج في صحيحة عبدالله بسن سنان المتقدمة « لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان مأمونا » ، والمرسلة (١) التي نقلها في الكافي عقيب حسنة الحلبي ، وكتب شيخنا المتقدم ذكره في حاشيته ، على هذه المرسلة أيضاً ما صورته ، ربما يحمل الخبر على أنه اذا كان مسلماً عدلاً ينبغي أن لا يكلفه المعير اليمين ، فيلزمه بنكوله الضمان . أو يحمل العدل على من لم يقصر ولم يفرط ، وهما بعيدان ، والمسئلة في غاية الاشكال ، التهسى .

أقول: ما استبعده من الاحتمالين في محلّه ، فان ظاهر الخبر المذكور هو قبول قول المستعير متى كان كذلك من غير يمين ، لأنه مع التكليف باليمين والنكول عنها يلزمه الضمان كما هومقتضى القواعد ، مع أن الحديث مصرح بنفى الضمان مطلقا ، وتفسير تفي الضمان بمعنى أن الأولى للمعير أن لا يكلفه باليمين تعسف صرف ، وكذا حمل العدل على المعنى الذي اعترف ببعده .

وأما قوله أن المسئلة في غاية الاشكال ، ففيه ماعرفت مما شرحناه بحمدالله تعالى الملك المستعان من أنه لااشكال بعددلالة الأخبار علىما ذكرناه من أخبار هذا الباب وغيره كما تقدم ، وسيأتي انشاء الله تعالى .

وعدم وجود خبر بدل على ما ادعوه وليس إلامجرد الشهرة التي سموها اجماعاً لماعرفت من وجود المخالف، ومن ذلك أيضا قوله إلج في رواية مسعدة

⁽۱) الكافى ج ه ص ۲۳۸ فى ذيل ح ۱٠

بن زياد المتقدمة لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت أو سرقت أو ضاعت اذا كان المستعير مأموناً .

وسيأتي انشاء الله تعالى في كتاب الاجارة جملة من الأخبار الدالة على صحة ما ادعيناه زيادة على ما ذكرناه هنا وما تقدم في كتاب الوديعة .

المسئلة الثانبة: قالوا: اذا ردالعاربة الى المالك أو وكيله برء ، واذا ردها الى الحرز لم يبرء ، ولو استغار الدابة إلى مسافة فجاوز بها ضمن ، ولو أعادها الى الاولى لـم يبرء .

أقول: قداشتمل هذا الكلام على ثلاثة من الأحكام ، أما الأول منها وهوبرائة المستعير من العارية متى ردها على المالك أو وكيله ، فظاهر لاريب فيه .

وأما الثاني وهو عدم البرائة بالرد الى الحرز كالدابة الى الاصطبل مثلا ، فالوجه فيه الخبر الدال (١) * على أن على اليد ما أخذت حتى تؤدى ، فأن المراد من الأداء في الخبر هو الدفع الى المالك أو و كيله ، لامجرد ردها في داره أو اصطبله ، بل مفتضى القاعدة أن تكون مضمونة عليه بعد ذلك ، وان لم تكن مضمونة أولاً لتغريطه في وضعها في موضع لم يأذن له المالك فيه ، اذلو تلفت بعد وضعها في الموضع المسنة كور وقبل أن يتسلمها المالك لزمه ضمانها ، لماقلناه ، وهذا لا خلاف فيه عندنا .

وانما نقل فيه الخلاف عن أبي حنيفة قال: في التذكرة اذارد المستعير العاربة الى مالكها أو وكيله برء من ضمانها ، وان ردها الى ملك مالكها بأن حمل الدابة الى اصطبل المالك فأرسلها فيه ، أوردها الى الداد لم ينزل عنه الضمان ، وبه قال الشافعي ، بل عندنا أن لم تكن العاربة مضمونة فانها تصير بهذا الرد مضمونة لأنه لم يدفعها الى مالكها ، بل فرط بوضعها في موضع لم يأذن له المالك بالرد اليه ، كما لو ترك الوديمة في دار صاحبها ، فتلفت قبل أن يتسلمها المالك ،

⁽١) المستدرك ج ٢ ص ١٠٥ ح ١٢

لأنه لم يردها الى صاحبها، ولامن ينوب منابه، فلم يحصل الرد، كما لـو ردها الى أجنبى.

وقال أبو حنيفة ، اذا ردها الى ملك المالك صارت كأنها مقبوضا لان رد العوارى في العادة الى أملاك أصحابها ، فيكون مأذوناً فيه من طريق العادة وهو غلط ، لأنه يبطل بالسارق اذارد المسروق الى الحرز ولا تعرف العادة التي ذكرها فيبطل ما قاله ، انتهى وهوجيد .

وأما الثالث وهو ما لو استعار الدابة الى مسافة مخصوصة فتجاوزها ، فان الوجه في الضمان هنا أنه قد تعدى في العارية من وقت المجاوزة ، فكان ضامنا لها الى أن يسردها الى المالك هذا بالنسبة الى ضمان العين لو تلفت فأما ضمان المنفعة وهو أجرة الدابة فعندهم أنه يثبت في المسافة المتجاوز بها عن موضع الاذن ذهاباً وإياباً الى أن يسرجع الى الموضع المأذون فيه ، لأنه في هذه المدة غاصب . ولا تبطل الاعارة بذلك ، فيكون تصرفه فيها بعد رجوعه الى المكان المأذون فيه الى أن يسرجع الى المحولة فيها بعد رجوعه الى المكان المأذون فيه الى أن يسرح على المالك ، جايزاً لدخوله في الاعارة ، فانه مأذون فيه ، وانها حصل التعدى الموجب للاجرة في تلك المدنة المتوسطة ، وان كان أصل العين مضمونة بذلك التعدى الى أن تسرد على المالك .

ونقل في التذكرة عن بعض الشافعية أنه يضمن الأجرة أبضاً كالعين الى أن يردهاعلى المالك، محتجاً بأن ذلك الاذن قدانقطع بالمجاوزة، ثم رده بأنه ممنوع.

أقول : حيث انه سابقا قبل هذا الكلام قال : وهل يلزمه الأجرة من ذلك الموضع الذي وقع فيه العدوان الى أن يرجع الى البلد الذى استعادمنه الأقرب العدم لأنه مأذون فيه من جهة المالك ، وهو أحد وجهى الشافعية .

والثانى اللزوم ثم نقسل القول الذى ذكرناه ورده هنسا بالمنع من انقطاع الاذن بالمجاوزة .

و أنت خبير بأن المعير انما أذن في تلك المسافة المعينة ذهمايـاً وإيــابــاً

وهو بتجاوزه عن المسافة الى ما زاد عليها قد حكموا عليه بضمان العين من حيث التعدى والتفريط ، الى أن ترد سالمة على المالك ، وظاهر ذلك هو زوال العارية بهذا التعدى ، حيث ان المفروض أنها غير مضمونة وانما حصل الضمان بهذا التعدى الموجب للخروج عن كونها عارية ، وحيننذ فكما أثر هذا التعدى في زوال العارية بالنسبة الى ضمان العين ، فلم لا يكون كذلك بالنسبة الى ضمان المنفعة ، لأن مقتضى العارية العدم ، فلا وجه لحكمهم هنا بضمان المنفعة في خصوصموضع التعدى إذ التعدى إن كان موجباً للخروج عن العارية ، فينبغى أن يكون بالنسبة الى ضمان العين مستسراً المالك .

وضمان المنفعة ينقطع بالرجوع الى محل التجاوز عن موضع الاذن ، شيما أنهم صرحوا كما قدمنا ذكره بأنه في صورة ضمان المنفعة بأنه لا تبطل الاعارة ، وان كان عاصياً في تلك المدة المتوسطة ، فلم لايقال بذلك أيضافي صورة ضمان العين بأن الاعارة باقية ، ومقتضيها عدم ضمان العين الأفي المدة التي تجاوز عنها حتى يرجع اليها ، لا أنه يستمر الضمان الى الرد على المالك .

وكما أن الرجوع من محل التجاوز الى بلد الاعارة مأذون فيه ، كما ذكر وم بالنسبة الى ضمان الأجرة ، فلا أجرة عليه في ذلك كذلك ، من حيث انهمأذون فيه ، لا ضمان للمين أيضاً ، والغصب إن أثر الضمان الى الرجوع الى المالك ففي الحالين، وإلا فلا.

وبالجملة فانه لايظهر لى وجه واضح في ما ذكروه من الفرق، والمسئلة خالية من النص، وتعليلا تهم كما ترى، هذا كله إذا كانت العادية غيرمضمونة.

أما لوكانت مضمونة كان شرط الضمان في العارية أوقلنا بضمان العوادي ، فان الدابة المذكورة تكون مضمونة إلى نهاية موضع الآذن ضمان عارية ، ولا أجرة عليه ، لأنه مأذون له في التصرف فيها ، فاذا تجاوز موضع الآذن ضمنها ضمان الغصب ، ووجب عليه أجرة منافعها إلى أن يعود إلى المكان المأذون فيه ،

و منه إلى السرجوع إلى المالك وردها عليه يضمن ضمان العاريــة هـــذا مقتضى تقريرهم في المقام ، والله سبحانه العالم .

الثالثة : إذا حمل السيل حباً لرجل أد نوى أد جموزة أد نحو ذلك فثبت في أرض غيره بغير علمه قال في المبسوط : من الناس من يقول لا يجبر على قلعه ، لانه غير متعد فيه فهو كالمستدير ، ومنهم من قال : يجبر على قلعه من غير أرش، لانه لم يأذن له في ذلك و هذا أقرب إلى السواب .

وقال ابن البراج: لايجوز لصاحب الأرض مطالبته يقلمه ، لأنه لم يتعد في ذلك ، قال في المختلف بعد نقل القولين المذكوريس: والوجه ما قاله الشيخ ، لأن الأرض لما لكها فله الانتفاع بها على أي وجه ، وتفريغها من مال الغير الحاصل فيها بغير إذن ، ولأن الناس مسلطون على أموالهم وعدم الاثم والتعدي لايقتضى منم المالك عن التسلط على ملكه ، انتهى .

وبنحو ذلك صرح في التذكرة : فقال : إن لصاحب الأرض قلمه ، وإن المتنع صاحب الزرع أجبر عليه ، وبذلك صرح في الشرايع ، والظاهر أنه هو المشهود بين المتأخرين وهو الأوفق بالأصول والقواعد الشرعية ، دما ذهب اليه ابن البراج ضعيف لا يعول عليه .

بقى الكلام هنا في مواضع الافل: لوأعبر ش المالك عنه و إن كان كثيراً فانه يتخير صاحب الأرض بين قلعه وبين تملكه ، ويكون من قبيل السنبل والثماد التي يعرض عنها ملاكها الاأن للمالك الرجوع فيها ما دامت العين باقية .

وظاهر التذكرة هنا أنه لايجبر المالك على نقله ، ولاعلى أجرة الأرض ولا غير ذلك لأنه حصل بغير تفريط ولاعدوان ، فكان الخيار لصاحب الأرض المشغول مه ، إن شاء أخذه لنفسه وإن شاء قلعه .

الثناني: لولم يعرض عند المالك وبقي حتى ظهر له ثمر فان ثمره ونمائه المالكه ، وعليه أجرة الأرض للمدة التيكان باقياً فيها ، إن طالبه صاحب الأرض بقلعه ، لأنه في هذه الحال غاصب ، وإن لم يطالبه فلا أجرة على الاقرب ، لأن له يقصر في القلع حيث لم يطلب منه ، ولاحصل في الأرض بفعله ليكون متعديا.

الثالث: إذا قلعه المالك وجب عليه تسوية الأرض وطم الحفر لأنها حدثت بفعله لتخليص ماله من ملك صاحب الأرض ولصاحب الأرض اجباره لو امتنع من ذلك .

الرابع: لوامتنع المالك من القلع جاز لصاحب الأرض اجباره ، وإلا نزعه منها ،كما لوسرت أغصان شجرة جاره الى ملكه وداره

الخامس: قال في المسالك: لواشتبه المالك في قوم منحصر بن وجب عليهم أجمع التخلص بالصلح أو التمليك ونحوه، ويجب على مالك الأرض أيضاً مراجمتهم في ماير اجع فيه المالك المعين ولو لم ينحصر المالك كان بمنز لة اللقطة يجوز تملكه إن كان دون الدرهم حين التملك، ولوتر كه من غيرنية التملك حتى بلغ وجب تعريفه كاللقطة، ويحتمل كونه كمال مجهول المالك، في جواز التصدق به عنه من غير تعريف، انتهى .

السادس: قالوا: لوحمل السيل ارضاً بشجرها فتبتت في ملك الغير فتلك الأرض وما فيها لما لكها ويجبر على ازالتها كما تقدم .

الرابعة: لااشكال في الضمان مع اشتر اطه كما تقدم في الأخبار فان اختص الضمان بالتلف ضمن العين خاصة ، وإن كانا معاً ضمنهما معاً .

وانما الكلام والاشكال في مالو أطلق ، فعلى هذا لو أطلق ولسم يعين شيئاً من الأفراد الثلاثة المتقدمة ونقصت العين المستعارة بالاستعمال حتى تلفت فهل يضمن القيمة يوم التلف خاصة ؟ لأن النقصان غير مضمون من حيث انه حصل بفعل مأذون فيه فلا يكون مضمونا ولأنه لو لم يتلف فردها على المالك في تلك الحال لم يجب عليه شيء ، فاذا ثلفت وجب قيمتها في تلك الحال وهو اختيار المحقق ، ونقل عن المبسوط والتذكرة .

أو أنه يضمن النقص أيضاً نظراً إلى اشتراط الضمان فيكون ذلك النقص مضموناً وهو المنقول عنابن الجنيد وأبى الصلاح واستشكل في القواعد في المسئلة .

قال في المسالك: ويمكن الفرق بين تلف الاجزاء الموجب للنقس بالاستعمال، و بين تلفها بغيره فيضمن على الثانى دون الأول، لأن تلفها بأمر مأذون فيه فلا يستعقب ضماناً ويمكن تأييد القول الثاني بمنع أصل التوجيه المذكور في الفول الأول.

قوله: انه حصل النقصان بفعل مأذون فيه فلا يكون مضموناً يمكن خدشه بأن الاذن في أسل الاستعمال لاينافي الضمان ، والحال إنه مشروط إذ ليس من لواذم أسل الاستعمال النقص ، فيجوز أن يكون الاستعمال مأذوناً والنقص مضموناً وكذا استناده الى أنه لو لم تتلف وردها في تلك الحال لا يجب عليه شيء ، فانه ممنوع أيضاً إذ هو من موضع البحث ، فانا لا نسلم ذلك مع الشرط ، وإنما يتم بدونه ، فان للمانع أن يمنع من كون النقص غير مضمون في المضمونة ، سواء تلفت أو ردها قبل التلف ، والوجه فيه أن مقتضى تضمين المين تضمين أجزاءها ، لانها مركبة منها ، ثم انه على تقدير هذا القول فانه يضمن أعلى القيم من حين القبض الى يوم التلف ، إن كان الاختلاف والتفاوت في القيم بسبب الاجزاء كالثوب ينسحق باللبس ، وأما لو كان الاختلاف من حيث القيمة السوقية لم يضمن الزائد بسببه لأن ذلك ليس من مدلول الضمان سيّما مع عدم إيبعاب ذلك على الغاصب هذا كله مع اشتراط الضمان .

أما لو استعملها حتى تلفت من غير شرط الضمان في العادية فان ظاهر الأكثر عدم الضمان مطلقاً ، وقد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الثانية من الفصل الثانى ، والله سبحانه العالم .

الخامسة: اختلف الأصحاب في ما لو ادعى المستعير الاعارة، وادعى المالك الاجارة، وقد منت لذلك مدة في يد المستعير، فذهب في الخلاف الى أن القول

قول المستمير، قال في الكتاب المذكور: إذا اختلف صاحب الدابة و الراكب، فقال الراكب: أعر تنيها، وقال صاحبها: أكريتكها بكذا، كان القول قول الراكب بيمينه، وعملى صاحبها البيئة، وكذا إذا اختلف الزارع وصاحب الأرض فادعى الزارع العارية. وادعى صاحب الأرض الكرى، فالقول قول الزارع قيل في توجيهه: انهما متفقان على أن تلف المنافع وقع في ملك المستمير، لأن مقتنى كلام المالك أنه ملكها بالاجارة، ومقتنى كلام المستمير أنه ملكها بالاجارة، ومقتنى كلام المستمير أنه ملكها بالاستيفاء المستندالي الاعارة، فيده شرعية على كل من القولين، والمالك يدعى عليه العوض عمنا استوفاه عن ملكه، وهنو ينكر استحقاقه، والأصل برائة ذمته منه، فيكون القول قوله بيمينه، عملاً بالقاعدة المنصوصة.

و ذهب ابن ادريس و تبعه المحقق الى أن القول قول المالك في عدم العارية وان لم يقبل قوله في الاجارة، قال ابن ادريس: لا يقبل قول المالك في قدر ما ادعاه من الاجرة، ولا قول الراكب في العارية، فالواجب أجرة المثل عوضاً عن منافع الدابة، وكذا البحث في الأرض إذا اختلف المالك والزارع.

وقيل في توجيه هذا القول: انه لا شك في أن المنافع أموال كالأعيان ، فهي بالأصالة لمالك العين ، فادعا والراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل وأصالة برائة ذمته كما تمسك به القائل الأول إنما يتم بالنسبة الى خصوص ما ادعاه المالك من قدر الأجرة ، لا من مطلق الحق بعد العلم باستيفاء المنفعة التي هي من جملة أموال المالك وحقوقه ، والأصل يقتضي عدم خروجها عن ملكه إلا بعوض ، ومن أجل ذلك يكون القول قول المالك في عدم العارية ، لأن الراكب يدعى العارية و المالك ينكرها ، فيكون القسول قسوله بيمينه ، ولا يقبل قسول المالك في ما يدعيه من الاجارة ، لأنه مدع أيضاً يحتاج الى البيئنة ، وحينتذ فاذا حلف المالك على نفى العارية كما حي وظيفته الشرعية لم تثبت الاجارة ، لما عرفت من أن ثبوتها يتوقف على البيئنة ، ولكن تثبت أجرة المثل ، لأن الراكب

قد تسرف في ملكه بغير تبرع منه ، لأن دعوى التبرع قد سقطت باليمين ، فالواجب حينتُذ أجرة المثل .

واعترض بعض أفاضل متأخرى المتأخرين وهو الخراساني في الكفاية على هذا الكلام بمنع الأسل المدعى هنا أعنى قوله والأسل يقتنى عدم خروج المنافع عن ملك المالك الا بعوض ، قال : إذ لاحجة عليه عقلاً ونساً .

أقول: مرجع هذا الأصل الى الاستصحاب، فانه أحد المعانى التى يطلق عليها ، ولا شك أن العين من حيث هي ملك للمالك ، فكذا منافعها ، فبعد خروجها عن يد المالك على هذا الذى وقع فيه الاختلاف ، لو تمسك المائع باستصحاب بقاء المنافع على ماثبت لها أولا من ملكية المالك حتى يقوم الدليل على خلافه فهو صحيح ، والظاهر أنه ليس من الاستصحاب الذى هو محل الخلاف بين الأصحاب ، بل الاستصحاب المتفق عليه ، وهو استصحاب الاطلاق أو العموم حتى يقوم دليل التقييد أو التخصيص .

وبالجملة فائه لا يظهر لي وجه ما ذكره، بعم استشكل هذا القول في المسالك بما لو كان ما يدعيه من الاجرة أقل من أجرة المثل، لاعترافه بنفي الزائد، قال: فينبغي أن يثبت له بيمينه أقل الأمرين مما يدعيه و أجرة المثل، لأن الأقل إن كان ما يدعيه فهمو معترف بعمم استحقاقه سواه، وإن كان الأقل أجرة المثل فلم يثبت بيمينه سواها، إذ لم ثثبت الاجارة، وإنما لمزم تصرف الراكب في ماله بغير إذن المالك على وجه التبرع.

أقول: من أجل ماذكره من هذا الاشكال صاد في المسئلة قولاً ثالثاً فذهب في القواعد الى هذا القول، وهو أنه بعد حلف المالك فالثابت له أقبل الأمرين من أجرة المثل ومن المسمى، الا أنه قد أورد عليه أيضاً أن المالك على تقدير كون المسمى أكثر من أجرة المثل، فالمالك يدعى الزائد من الاجرة عن أجرة المثل، والراكب ينفيه، فلابد من وجه شرعي يقتضى نفيه، وليس الا بيمين الراكب على نفى الاجارة.

وتوضيحه أن حلف المالك على نفي الاعارة، لم يدل على نفي الاجارة ولا اثباتها، فيبقى دعوى الاجارة على حالها، ولما لم يثبتها المالك بالبينة رجعنا الى الأصل المتقدم من أصالة بقاء ملكه للعين وللمنافع، فلابد من الحكسم على الراكب بعوض في مقابلتها، حيث تصرف فيها من غير أن يتبرع بها المالك، ووجب الحكم له بأقل الامرين لما تقدم، لكن يبقي النزاع في الزائد على تقدير كون المسمى في الاجارة زائداً على أجرة المثل، فان المالك يدعيه، وداكب الدابه ينفيه، ولا يندفع ذلك إلا بيمين الراكب على نفي الاجارة: أو نكوله فيحلف المالك على الاجارة، ويأخذ الزائد.

و من هنا انقدح في المسئلة قـول رابع ، فذهب في المختلف وجماعة منهم الشهيدان ، الأول منهما في بعض تحقيقاته ، على ما نقل عنه ، والثاني في المسالك الى أنهما يتحالفان ، فان كلاً منهما مدع ومدعى عليه ، لما عرفت من التوضيح المتقدم .

أقول: وبهذا ترجع المسئلة هنا الى ما نقلناه عنهم في كتاب المزارعة ، حيث أنهم لم ين كروا ثمة خلافاً في المسئلة على نحو ماذ كروه هنا ، وإنما نقلوا فيها قولين ، أحد هما وهوالمشهور التحالف ، بأن يحلف صاحب الأرض على نفي العارية ، ويحلف الـزارع على نفي الاجارة ، فيتساقط الدعويان ، ويرجع إلى أجرة المثل ، أو أقـل الأمرين ، والقول الثاني القرعة كما تقدم ذكره ثمة ، وهنا قد اكثروا الخلاف كما عرفت ، والمسئلة واحدة في الكتابين كما هوظاهر نصب العين .

و كيف كان فان لقائل أن يقول أيضاً: إن المالك هنا يدعى بالاجارة حقاً معيناً ، ولا يدعى شيئاً آخر سواه ، فاذا حلف الراكب على عدم الاجارة ، سقط بيمنه هذا الحق الذي يدعيه المالك ، لأن اليمين من المنكر مسقطة الحق ، وقد اعترف بأنه لاحق له سواه ، فاذا سقط باليمين ، فبأي شيء يثبت أقل الأمرين ،

واتبات حق المالك من غير الوجه الذي يدعيه ، بناء على ما ذكر وه من تصرف الراكب بغير إذنه ، فيقضي له بأجرة المثل ، أو أقل الأمرين مشكل ، لأنه باليمينين الواقمتين منهما معاً صار هذا التصرف محتملا لكونه تصرفاً صحيحاً شرعياً بلا أجرة ، وكونه تصرفاً شرعياً بالأجرة ، والأجرة انما تثبت على تقدير الثاني ، وهو غير معلوم ، لاحتمال كونه شرعياً مجاناً كما يدعيه المستمير ، ومن المعلوم كذب احدي اليمينين في هذا المقام ، وأصالة عدم اشتغال الذمة مؤيد ، والحكم له بشيء لايدعيه _ ولا يطلبه ، وإنما يطلب غيره مما قد انتفى باليمين عيرمتجه . وبالجملة فان الرجوع إلى التعليلات العقلية لاينتهي إلى ساحل ، والمسئلة لما كانت عادمة من النصوص كثر فيها الكلام ، وتقابل النقض فيها والابرام .

وفي المسئلة أيضاً قول خامس بالقرعة ، ذهب اليه الشيخ في كتاب المزادعة من المخلاف ، قال : لأن القرعمة لكل أمر مشكل ، ورده جملة من المتأخرين بالضعف ، قالوا : لأنه لااشتباه مع القاعدة المتفق عليها من حكم المدعى والمنكر .

أقول: لا ينخفى ما فيه بعد ما عرفت مما وقع لهم من الخلاف فى المقام، وتصادم هِذه التعليلات منهم في النقض والابرام، فكيف لا يحصل الاشتباه، والحال كما عرفت، هذا كله فيما اذا مضت لذلك المتنازع فيه مدة في يد المتسرف قد استموفي فيه منافعه.

أما لو لم يمض لذلك مدة ، ولم يحصل الانتفاع بشيء من المنافع المترتبة عليه ، فالقول في ذلك قول المتصرف ، لأن المالك هنا لايدعى التصرف في شيء من المنافع ، وانما يدعى عليه الاجارة ، وتحقق الأجرة في ذمته ، واشتغالها بها والمتصرف ينكر ذلك ، فالقول قوله بيمنيه ، فاذا حلف على نفي الاجارة سقط دعوى الأجرة ، واسترد المالك المين ، وان نكل حلف المالك اليمين المردودة ، واستحق الاجرة ، والله سبحانه العالم .

الحياق في المقيام:

وهو يشتمل على جملة من الاحكام، أحدها _ أنه اذا استعار شيئا للانتفاع به في شيء مخصوص ، فانتفع بها في غيره فظاهر الأصحاب الحكم عليه بالضمان لتعديه في العين بالتصرف فيها على غير الوجه المأذون له فيه وتلزمه الأجرة لمثل ذ لك العمل وهوظاهر .

وثانيها ـ أنه اذا جحد العارية فالقول قوله بيمينه ، لآن الأصل العدم ، فان أثبتت المالك عليه صحة الدعوى المذكورة زال استيمانه ، ولزمه الضمان ، والطاهر أن الكلام هنا كالكلام في الوديعة لو جحدها ، وأثبتها المالك عليه ، وقد تقدم تفسيل البحث في ذلك في كتاب الوديعة .

وثالثها ـ ما اذا ادعى التلف، فان القول قوله بيمينه عندهم، وقد عرفت مافيه في المسئلة الأولى من مسائل هذا الفسل في كتاب الوديعة (١).

ورابعها ... ما اذا ادعى الرد على المالك ، فان القول قول المالك بيمينه ، لأنه منكر ، والأصل عدمه ، وقد تقدم في كتاب الوديعة أن المشهور فيما اذا ادعى الودعى الرد على المالك أن القول قول الودعى بيمينه ، مع أن الأسل عدم الرد ، وعموم البينة على المدعى ، الا أنهم فرقوا بينه وبين العارية ، بأن الودعى انما قبض لمصلحة المالك فهو محسن محض ، و « ما على المحسنين من سبيل (٢) ، » وأنت خبير بنما فيه ، حيث ان هذه العلة غير منصوصة ، مع مخالفة ما ذكر وه في الوديعة للقواعد الشرعية ، ولهذا توقف جملة من الأصحاب في حكم الوديعة كما تقدم ذكره ثمة ، واستشكلوا القول المشهور وهو في محله لما عرفت .

قال في المسالـك : واعلم أن هذه العلة تبحرى في كثـير من أبواب تنازع المستأمنـين ، الا أنها تقتضي قبول قـول الوكيــل في الرد لو كان بغـير جعل ،

⁽۱) ص هه٤

⁽۲) سورة التوبة ـ الاية ۱۹.

وهو مشكل لمخالفة الأصل وكون هذه العلة ليست منصوصة وانما هي مناسبة ، انتهى وهوجيد .

والتحقيق أن يقال: ان مقتضى الأخباد المثقدمة في كتاب الوديعة هو قبول قول الأمين، وعدم اتهامه فيما يقوله، وان خالف الأصل، وحينئذ يكون هذه الأخباد مخصصة لهذه القاعدة، أعنى قاعدة البيئة على المدعى، واليمين على المذكر والحكم متعلق بالأمين ودعياً كان أو مستعيراً ، أو وكيلاً أو نحوهم، ودعوى الفرق بين الودعى وغيره ممن قبض لمصلحته، كالمستعير والوكيل بجعل والمرتهن فيه أولا ماذكر من عدم الدليل على هذا التعليل، وثانياً ان قبضه على أحد هذه الوجوه لاينافي الايتمان الذي رتب عليه قبول قوله لأن الايتمان إنما هو عبادة عن الوثوق به في عدم الخيانة، والمخالفة لأمر المالك، وادخال الضرد عليه، فكل من دفع اليه المالك بهذا الوجه ودعياً كان أو مستعيراً أو وكيلاً بجعل أو بغير جعل، فانه يقبل المالك بهذا الوجه ودعياً كان أو مستعيراً أو وكيلاً بجعل أو بغير جعل، فانه يقبل المالك بمقتضى تلك الأخبار، ويؤيده أخبار « ما خانك الأمين، ولكن ائتمنت الخائن » كما تقدم في كتاب الوديعة .

وخامسها ــ ما إذا فرط في العارية ثم تلفت، فانه ان كانت من ذوات الأمثال ضمن المثل بغير إشكال، وان كانت من ذوات القيم فقد اختلف الأصحاب ــ في ذلك .

فقيل: أن الواجب عليه قيمتها يوم التلف، وهو مختار الشرايع والمسالك وعلل بأن الواجب على المستعير مع بقاء العين ردها دون القيمة ، وانما ينتقل الى القيمة مم التلف، وحينتُذ فالمعتبر القيمة وقت التلف.

وقيل: أن الواجب أعلى القيم من وقت التفريط الى وقت التلف، وعلل بأن العين لما كانت مضمونة، فكل واحدة من القيم المتعددة في وقت كونها مضمونة، اذمعنى ضمان العين كا نت لوتلفت ضمن قيمتها، وهو حاصل في جميع الوقت، فيضمن أعلى القيم لدخول الباقى فيها.

وقيل : المعتبر قيمتها وقت الضمان ، قال في المسالك . وموضع الخلاف ما

لوكان الاختلاف بسبب السوق، أما لوكان بسبب نقص في العين فلا اشكال في ضمانه ، لأن ضمان العين يقتضي ضمان أجزاتها ، انتهى .

أقول : وقد تقدم الكلام في ذلك ، وهذا القول الآخير تقله في الكفاية قولا ثالثاً في المسئلة ، ولعله أشار به إلى ما تقله في المختلف عن ابن حمزة ، حيث قال ابن حمزة : إن هلك مضموناً لزم قيمته يموم القبض ، وإن هلك غير مضمون بالتفريط لزم قيمته يوم التلف ، بأن يكون المراد بغيمته وقت الضمان ، كما ذكره يعنى يوم القبض الذي ثبت فيه الضمان واستقر ، الا أن الظاهر أن ما ذكره في المختلف مسئلة أخرى على حيالها غير ما نحن فيه ، فان فرض المسئلة التي ذكر ناها في كلام الأصحاب إنها هو بالنسبة الى العارية الغير المضمونة لوفرط فيها ثم تلفت في يده .

وظاهر كلام المختلف مسئلة أخرى وهو أنه إذا هلكت العارية عندالمستعير فقد قال ابن حمزة: بأنها إن كانت العارية مضمونة باشتر اط الضمان فيها ونحوه فاللازم قيمتها يوم القبض، و إن لم يكن مضمونة وهلكت بالتفريط لزمته قيمته يوم التلف، وهذا يرجع الى القول الأول الذي قدمناه، فان هذا الفرد الثاني من الترديد يرجع الى ما تقدم.

وفي المختلف بعد أن نفل عن ابن حمزة قال: والمعتمد أن نقول: إن كان من ذوات القيم ضمنه بقيمته يوم التلف إن كان من ذوات القيم ضمنه بقيمته يوم التلف إن كان من مضموناً، و بأعلى القيم من حين التفريط الى حين التلف إن هلك بالتفريط، إن قلنا أن الغاصب يضمن بأعلى القيم، وإلا فالقيمة يوم التلف، وظاهره في اختياره أعلى القيم - فيما لولم تكن مضمونة، وإنما هلكت بالتقريط موافقة القول الثاني المتقدم.

وقد تلخص مما ذكر ناه أن العارية إذا تلفت عند المستعير وكانت قيميّة فان كانت مضمونة ففيها قولان: ، أحد هما مذهب ابن حمزة، وهو قيمته يوم القبض ، وثانيهما مذهب العلامة وهو قيمته يوم التلف وإن لم تكن مضمونة ، وهلكت بالتفريط ، فالأقوال الثلاثة المتقدمة : وابن حمزة قدوافق الأول ، والعلامة وافق الثاني ، وهذا الخلاف هنا متفرع على الخلاف في ضمان المفسوب ، حيث انه هنا بالتفريط لحقه حكم الغاصب ، واليه يشير كلام العلامة المذكور والله سبحانه العالم .

و سادسها ... ما لـ و اختلفا في القيمة بعد التفريط على تقدير تلفه ، و كـ ذا لوكان مضموناً بأمر آخر ثم تلف ، فقيل : إن القول قول المالك مع يمينه ، وبه قال الشيخان ، وسلار وابن حمزة ، وابن البراج .

وقال أبو الصلاح: وإن اختلفا في مبلغها أو قيمتها أخذ ما أقربه المستعير ووقف مازاد عليه على بينة أو يمين المعير، قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه قان قصد يمين المعير برد المستعير صار قوله مخالفاً لما تقدم، وإلا فلا.

وقيل: القول قول المستعير لأنه منكر، فيدخل في عموم الخبر، وبه قال ابن ادريس ومن تأخرعنه، قال ابن ادريس: الذي تفتضيه أسول الأدلة و المذهب أن القول قول المدعى عليه، واليمين على المنكر، وهو المستعير مع يمينه.

قال في المختلف: وهو الوجه عندي ، لنا أنه منكر ، فالقول قوله مع اليمين، لقوله إلجال (١) «البيئة على المدعى ، واليمين على من أنكر » ثم نقل عن الأولين الاحتجاج على ما ذهبوا اليه ببطلان الأمانة بالخيانة ، فلم يكن قوله مقبولاً في القمة .

ثم رده بأنه لايلزم من بطلان الأمانة خروجه عن حكم المنكر ، وهوجيد، وحاصله أن قبول قوله بيمينه إنما هومن حيث كونه منكراً وهذا حكم المنكر شرعاً لامن حيث كونه أميناً حتى يتجه منعه بالخيانة والله سبحانه العالم .

وسابعها _ مالو اختلفا في التفريط فالمشهور أن القول قول المستعير بيمينه

⁽١) الوسائل ج ١٨ ص ١٧٠ ح ١ باختلاف ما و المستدرك ج ٣ ص ١٩٩.

مع عدم البينة ، وهو قول الشيخ وابن البراج ، وابن حمزة وأبي الصلاح ، وابن ادريس، وعليه المتأخرون .

و ظاهـــر كلام المفيد و سلار على ما نقل عنهما في المختلف أن القول قــول صاحب العارية بيمينه ، ولاريب في ضعفه ، لأن المستعير منكر ، فالقول قو لـــه بيمينه ، وعلى المدعى البينة ، وهـ و ظاهر ، وتامنها : مالو اختلفا فقال المالك : غسبتنيها ، وقال المتصرف : أعرتنيها ، فالمشهور أن القول قول المالك مم يمينه ، وهو مذهب ابن ادريس ، والعلامة في جملة من كتبه ، والشيخ في كتاب المز ارعة من المبسوط، وقال في الخلاف وكتاب العاريــة من المبسوط: إن القول قــول الآخس، قال : إذا اختلفا فقال المالك : غسبتنيها وقال الراك : أعرتنيها قـدم قول الراكب ، لأصالة برائة الذمة ، والحالك يدعى الضمان للدابة ولزوم الأجرة إن كان ركبها ، والوجه في القول الأول على ما ذكره في التذكرة ما تقدم من أصالة تبعية المنافع للأعيان في التملك ، فالقول قول من يدعيها مع اليمين وعدم السنة ، لأن المتصرف بدعى انتقال المنفعة إليه بالا عارة وبرائة نعمته من التصرف في مال الغير ، فعليه البينة وعلى هذا فبعد حلف المالك يستحق لما مضى من المدة ، فيرجع الدابة مع الأجرة هذا إذا مضت مدة لمثلها أجرة ، ولولم تمض مدة والعين باقية ، فان هذه الدعوى لاثمرة لها ، بل يرد المتصرف العين اليمالكها ، ولو تلفت المن في ثلك المدة التي مضت ، فالكلام في الأجرة يبني على الخلاف المتقدم ، وأما القيمة ، فان كانت العاريــة التي يدعيها المتصرف مضمونــة ، فهو يعترف في القيمة فبلزمه اداءها.

قال في التذكرة: ويحكم فيها بقول المتسرف، لأسالة برائة ذمته من الزائد عن القيمة وقت التلف إن أوجبنا على الغاصب أعلى القيم، و إن كانت العارية غير مضمونة، قال في التذكرة: فان القول قول المالك في عدم الاعارة، وقول المتصرف في عدم الغصب، لئلايضمن ضمان الغصب، ثم يثبت على المتصرف

بعد حلف الراكب على نفي الاعارة قيمتها وقت التلف انتهي ، والله سبحانه العالم . وتاسعها _ ما لوادعي الراكب الاجارة، والمالك العارية المضمونة بعد تلف المن ، وقبل مضى مدة لها أجرة ، قال في المبسوط : القول قول الراكب مع يمينه ، لأن صاحبها يدعى ضماناً في العادية ، فعليه البيئة والأصل برائة الراكب .

وقال في المختلف : الأقرب أن القول قول المالك ، لأن الأصل تضمين مال الغير ، لقوله على الله على الله ما أخذت ، وأنت خبير بما في هــنه الفروع من الاشكال لخلوها من الذي الذي هو العمدة في الاستدلال ، وعدم صحة بناء الأحكام على هذه التعليلات التي يتداولونها في هذا المجال ، سيَّما مع تصادمها وتضادها كما عرفت ، والله سبحانه العالم بحقيقة الحال .

كتاب الإجارة

والبحث فيه في مطالب أربعة الاول: في الاجارة والعقد، وما يترتب عليه والكلام في ذلك يقع في مسواضع: الاول الاجارة ثابتة بالنص كتاباً وسنة، واجماع علماء الخاصة والعامة، قال الله عز وجل (١) « فان أرضعن لكم فآتوهن أجسورهن ، وقال (٢) « لموشت لاتخذت عليه أجسراً » وقال تعالى (٣) « قالت احديهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوى الأمين » « قال إنى أريد أن انكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج » الآية.

وأما السنة فمستفيضة كما ستأنيك بذلك الأخبار .

ومنها مارواه المشايخ الثلاثة (٤) عن محمدبن سنان عن أبي الحسن الجائلة دقال : سألته عن الاجارة فقال : صالح لابأس به إذا نصح قدر طاقته ، وقد آجر موسى بن عمران الجائلة نفسه ، واشترط فقال : إن شئت ثمانياً وإن شئت عشراً فأنزل الله فيه دأن تأجرني ثماني حجج فان أتممت عشراً فمن عندك (٥) > وروي

⁽١) سورة الطلاق ـ الاية ٦ .

 ⁽۲) سورة الكهف - الآية ۷۷.

⁽٣) سورة القصص ــ الآية ٢٦ .

⁽٤) الكافىي ج ٥ ص ٩٠ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ١٠٦، ح ٩٠ التهذيب ج ٢ ص ٣٥٣ ح ١٧٤، الوسائل ج ١٢ ص ١٧٦ ح ٢٠

⁽٥) سورة القصص ـ الآية ٢٨ .

الحسن بن على بن شعبة في تحف العقول (١) عن الصادق على دأنه سأل عن معايش العباد وساق الخبر إلى أن قال : وتفسيل الإجارات فاجارة الانسان نفسه إلى أجرة الى آخره، وقد تقدم الخبر بتمامه في المقدمة الثالثة فيما يكتسب به من المقدمات المذكورة في صدر كتاب التجارة (٢) والمفهوم من جملة من الأخبار كراهة اجارة الانسان نفسه لأنه يسطر على نفسه الرزق ، فروى في الكافي عن المفضل بن عمر (٣) قال : سمعت أبا عبدالله على يقول : من آجر نفسه فقد حظر على نفسه الرزق ، قال في الكافي (٤) وفي رواية أخرى و كيف لا يسخر وما أساب فيه فهو لربه الذي آجره و روى في الفقيه عن عبدالله بن محمد الجمفى (٥) د عن فهو لربه الذي آجره و روى في الفقيه عن عبدالله بن محمد الجمفى (٥) د عن أبى جعفر على قال : من آجر نفسه فقد حظر عليها الرزق و كيف لا يسخطره ؟

وروى المشايخ الثلاثة عن عمار الساباطي (١) د قال : قلت لأبي عبدالله المالة الما

والشيخ جمع بين هذه الأخبار ، وخبر إجارة موسى بالله نفسه بحمل المنع على الكراهة ، واستبعده في الوافي بالنسبة الى النبيين المذكورين (صلوات الله على نبينا و آله وعليهما) قال : والأولى أن يحمل المنع على ما إذا استغرقت أوقات الموجركلها بحيث لم يبق لنفسه منها شيء كما دلت عليه الرواية الأخيرة من الحديث الأول.

⁽۱) تحف العقول ص ۲۴۸ ط نجف، الوسائل ج۱۲ ص ۲۵ فى الااسط ح١ و ج١٢ ص ٢٤٢ ح ١٠

⁽۲) ج ۱۸ ص ۷۰ .

⁽٣) و (٤) الكافي ج ه ص ٩٠ ح ١ الرسائل ج ١٣ ص ٢٤٣ ح ١ و ٢٠

⁽٥) الفقيه ج ٣ ص ١٠٧ ح ٩٢ ، الوسائل ج ١٢ ص ١٧٦ ح ٤٠

⁽٦) الفقيمة ج ٣ ص ١٠٧ ح ٩١ ، الكافسي ج ٥ ص ٩٠ ح ٣ ، التهسذيب ج ٦ ص ٣٥٣ ح ١٢٣ ، الوسائل ج ١٢ ص ١٧٦ ح ٣ ·

و أما إذا كانت بتعيين العمل دون الوقت كله فلا كراهة فيهاكيف ؟ وكان مولانا أمير المؤمنين الجالج يو اجر نفسه للعمل ليهودي و غيره في معرض طلب الرزق ، كما ورد في عدة أخبار ، إنتهى وهوجيد .

الثانى: قد عر"ف بعض الأصحاب الاجارة بأنها عقد ثمر ته تمليك المنفعة بعوض معلوم، وعر"فها آخر بأنها عبارة عن تمليك المنفعة النخاصة بعوض معلوم، ومرجعه الى أنها عبارة عن نفس العقد الذي ثمر ته ذلك أو عبارة من التمليك الذي هو الثمرة، والبحث في ذلك لاثمرة له بعد ظهور المراد، بقى الكلام في أن المشهور بين الأصحاب هو أنه لما كانت من العقود اللازمة وجب انتصار ألفاظها في الألفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغة، مثل آجرتك في الايبجاب، وأكريتك وفي معناه استكريت وتكاريت، ومنه أخذ المكاري، لأنه يكري دابته، أو نفسه، وكذا يشترط فيه ما يشترط فيه ما يشترط فيه ما الفود، ونحو ذلك مما تقدم في كتاب البيع.

وقد تقدم ثمة ما في ذلك من البحث ، وأنه لادليل شرعاً على أذيدمن الألفاظ الدالة على الرضا من الجانبين بتلك المعاملة كيف اتفق في هذا الموضع وغيره ، وبذلك صرح جملة من محققي متأخرى المتأخرين .

و أما لزوم العقد فلا اشكال فيه للأدلة العامة في الوفاء بالعقود والشروط وخصوص مارواه في الكافي عن على بن يقطين (١) في الصحيح و قال : سألته يعنى أبالحسن المالج عن الرجل يكترى السفينة سنة أو أقل أو أكثر قال : الكرى لازم الى الوقت الذي اكتراه اليه والخيار في أخذ الكرى الى ربها ان شاء أخذ وان شاء الى الوقت الذي اكتراه اليه والنيار في أخذ الكرى الى ربها والنيار في التهذيب (٢) عن محمد بن سهل و قال : سألت

⁽۱) الكافى ج ه ص ۲۹۲ ح ۱، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٩ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٩ ح ١ ،

⁽٢) الكانى ج ه ص ٢٩٢ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح٣ ، الوسائل المصدر

أباالحسن موسى المنال عن الرجل بتكارى من الرجل البيت والسفينة سنة أو أقل أو أقل أو أكثر قال : كراه لازم الى الوقت الذي تكاراه اليه ، الحديث كما تقدم

وما رواه الشيخ في الصحيح عن على بن يقطين (١) د قال : سألت أبا الحسن على الرجل البيت والسفينة ، مثل الحديثين المتقدمين ، ثم انهم بناء على ما قدمنا نقله عنهم من اشتراط ألفاظ مخصوصة جوزوا ذلك أيضاً بلفظ ملكتك إذا أضيف إلى المنفعة ، وذلك لأن التمليك يفيد نقل ما تعلق به ، فلوقال : ملكتك هذه الداد أفاد نقل عينها ،

مع أن المقسود من الاجارة هـو تمليك المنفعة مـم بقاء المين على ملك صاحبها ، وحينتُذ فإذا أريد بهذا اللفظ الاجارة تعين إضافته الى المنفعة ، قالوا: وكذا تسم الاجارة بلفظ أعرتك حيث ان الاجارة مخصوصة بالمنفعة ، فتصح لوقال : أعرتك هذه الدار سنة بكذا وكذا .

وبالجملة فانه لما كانت الاعارة لاتقتضى ملك العين ، وانما تفيد التسلط على المنفعة كان اطلاقها بمنزلة تمليك المنفعة ، فتصحاقامتها مقام لفظ الاجارة بغيرا ضافته المى المنافع ، ويشكل بأن الاعارة وان تعلقت بالمنافع لا بالعين الا أنها انما تفيد الاباحة ، والمطلوب في الاجارة تمليك المنفعة ، والعوض لامدخل له في ماهيتها بخلاف التمليك ، فانه يجامع العوض ، وارتكاب التجوز في مثل ذلك خروج عما قروه من قواعدهم في العقود اللازمة ، كذا أورده في المسالك .

و اختلفوا فيما لو قال: بعتك هذه الداد وقسد الاجارة، أو قال: بعتك سكتاها سنة بكذا، فالمشهود بل ظاهر التذكرة دعوى الاجماع عليه حيث نسبه الى علمائنا هوالبطلان، وعلّل ذلك باختصاص البيع بنقل الأعيان والمنافع تابعة لها فلايشمر الملك لو تجوذ به في نقل المنافع مفردة وان نوى الاجارة.

وفي التحرير جمل المنع أقرب وهويـؤذن بالخلاف، وتردد في الشرايـم

⁽٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٩ ح ١ ٠

ومنشأ التردد مما تقدم ، ومن أنه بالتصريح بادادة نقل المنفعة مع أن البيع يفيد نقلها أيضاً مع الاجارة اذا قصدها .

وظاهر المحقق الاردبيلي هنا بناء على القول بالاكتفاء بكل ما دل على المراد من الألفاظ والتراضى به ، كما قدمنا ذكره ، حيث انه ممن اختار ذلك القول بالجواز في العادية ، وفي البيع على الوجه المذكور ، حيث قال في العادية ... بعد الاشارة الى ماقدمنا نقله عن المسالك من الاشكال ... مالفظه : ولا يبعد اخراجها عن ظاهرها بما يخرجها عنه صريحاً مثل أن يقول : أعرتك هذه الدارسنة بكذا، غايته أن يكون مجازاً بقرينة ظاهرة بل سريحة ، بحيث لا يحتمل غير المجاز ولامانع منه لغة ولاعرفاً ولاشرعاً كما في لفظة ملكتك .

نعم لوثبت كون صيغة الاجارة متلقاة من الشرع وليس هذه منها لصح عدم الانعقاد بها ، ولا يكفي مجرد كونه عقداً لازما ، ودعوى أن التجوز بمثل هذا يخرجه عن كونه لازماً كما قاله في شرح الشرايع ، وقال : بالنسبة الى البيع ، وقد مر ما يفهم البحث منه في عدم انعقادها بنحو البيع ، مثل بعتك هذه الدار أو منفعتها سنة بكذا ، وأنه فهم الاجماع من التذكرة ، فان كان اجماعاً فلا كلام والا فالظاهر أن لا مانع من الانعقاد اذا علم القصد ، فان الظاهر أنه يكفى مسع صلاحية اللفظ في الجملة ، وان كان موضوعاً متعادفاً في الأصل لنقل الأعيان ، وهو وجه التردد في الشرايع ، انتهى .

أقول: والذي وقفت عليه من الأخبار الواردة في هذا المقام زيادة على ما قدمناه في كتاب البيع مما يدل على سعة الدائرة في العقود وأنها ليست على ماذكروه من الشروط والقيود ما رواه في الكافي عن زرارة (١) « قال: قلت لأبي عبدالله علي الرجل يأتي الرجل فيقول: اكتب لي بدراهم فيقول له: آخذ منك وأكتب لك بين يديك قال: فقال: لابأس ، الحديث.

⁽۱) الكافسي ج ٥ ص ٧٨٨ ح ٣ ، التهسة يب ج ٧ ص ٢١٣ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥١ ح ١٠ ، الوسائل

وما رواه في الفقيه عن محمد بن الحسن السفار (١) في المسيح و أنه كتب الى أبي محمد الحسن بن على المالا يقول: رجل يبدرق القوافل من غير أمر السلطان في موضع مخيف ويشارطونه على شيء مسمى ، أله أن يأخذ منهم أم ٢٧ فوقع المالا واجر نفسه بشيء معروف أخذ حقه انشاء الله » .

وما دواه عن محمد بن عيسى اليقطيني (٢) د أنه كتب الى أبي محمد الحسن بن على بن محمد العسكرى الكل في رجل دفع ابنه الى رجل وسلمه منه سنة بأجرة معلومة ليخيط له ، ثم جاء رجل آخر فقال له . سلم ابنك منى سنة بزيادة ، هل له النحيار في ذلك ؟ وهل يجوز له أن ينفسخ ما وافق عليه الأول أم لا ؟ فكتب الكل يجب عليه الوقاء للأول ما لم يعرض لابنه مرض أو ضعف .

وفي هذا الخبر دلالة على لزوم الاجارة كماتقدم ذكره، وظاهر هذه الأخبار كما ترى وقوع الاجارة فيما تضمئته من غيرعقد، ولا ايجاب ولا قبول غيرمجرد التراضى الواقع بينهما بهذه الالفاظ.

ومارواه في الفقيه عن أبان عن اسماعيل (٣) وقال: سألت أباعبدالله على عن أبان عن اسماعيل استأجر من وجل أرضاً فقال آجر نيها بكذا وكذا إن زرعتها أولم أذرعها أعطيك ذلك فلم يزرع الرجل قال: له أن يأخذه بماله، إن شاء ترك وان شاء لم يترك ».

وما رواه فى الكافي عن أبان عن اسماعيل بن الفضل (٤) مثله ، ومارواه في الكافي عن أبى حمزة (٥) عن أبى جعفر الجليلة قال : سألته عن الرجل يكتري الدابة فيقول أكتريتها منك الى مكان كذا وكذا ، فان جاوزته فلك كذا وكذا ذيادة ويسمى ذلك ؟ قال : لابأس به كله > .

⁽۱) و (۲) الفقيسة ج ۳ ص ١٠٦ ح ٨٨ و ٨٩ ، الوسائسل ج ١٣ ص ١٥٢ باب ١٤ و باب ١٥ .

⁽۳) و (٤) الفقيه ج ٣ ص ١٥٥ ح ه ، الكافى ج ه ص ٢٦٥ ح ٧ ، الرسائل ج ١٣ ص ٢٥٨ ح ١٠

⁽ه) الكافي ج ه ص ٢٨٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٩ ح ١ -

وهذان الخبران وان اشتمسلا على العقد الا أنه في عكس القاعدة المقررة عندهم حيث ان الايبجاب فيهما انما وقع ممن وظيفته القبول ، والقبول ، والقبول ممن وظيفته الأيبجاب مع عدم ذكر لفظة تدل على القبول ، وانما ظاهر هماكون القبول وقع بمجرد الرضا من غير لفظة ، وهو أبلغ في الرد لما قالوم ، ومن ذلك يعلم ماذكر نام من اتساع الدائرة في العقود ، والله سبحانه العالم .

الثالث: قدعر فت مما قدمناه من الأخبار أن الأجارة من العقود اللازمة وعليه اتفاق كلمة الأسحاب، وحيئت فلاتبطل الابالتقايل أو أحدالأسباب الموجبة للفسخ، مثل أن يتعذر الا نتفاع بالعين المستأجرة لغصبها، او انهدامها، أو مرض الأجير كما تقدم في مكاتبة اليقطيني ونحوذلك مما سيأتي انشاء الله تعالى.

ولاتبطل بالبيع اذ لامنافاة بينهما لأن الا جارة انما تتعلق بالمنافع والبيع إنما يتعلق بالاعيان والمنافع وان كانت تابعة للأعيان ، الا أن المشتري متى كان عالماً بالاجارة فانه يتعين عليه الصبر الى انقضاء مدة الاجارة ، لأنه قدم على شراء مال مسلوب المنفعة هذه المدة وان كان جاهلاً تخير بين فسخ البيع وامضائه مسلوب المنفعة الى تمام المدة المعينة .

والأقرب أنه لافرق في سحة العقد بين كون المشتري هو المستأجر أو غيره فيجتمع عليه لو كان هوالمشتري الثمن من جهة البيع ، والأجرة من جهة الاجارة وربما قيل ببطلان الاجارة وانفساخها في الصورة المذكورة ، لأنّ تسملك العين يستلزم ملك المنافع ، لأنها نماء الملك ، وفيه ان ذلك مسلم فيما لولم سبق سبب آخر لتملكها وهيهنا قد تقدم عقد الاجارة الموجب لملك المنفعة ، والبيع إنما ورد على ملك مسلوب المنفعة في تلك المدة بعين ماذكرناه في صورة ما ، اذا كان المشتري شخصاً آخر غير المستأجر .

وكيف كان فإن العقدين صحيحان لامنافاة بينهما ، ولو ثبتت المنافاة بين البيع والاجارة لكان الباطل هوالبيع ، دون الاجارة .

والذي وقفت عليه من الأخبار الدالة على صحة البيع هنا ما رواه في الغفيه

OTY

عن أبي همام (١) • أنه كتب اليأبي الحسن إلجلإ في رجل استأجر ضيعة من رجل فباع المؤاجر تلك الضيعة بعضرة المستأجر ولم ينكر المستأجرالبيع وكان حاضراً له شاهداً عليه فمات المشتري وله ورثة هل يرجع ذلك الشيء في ميراث الميت؟ أو يثبت في يد المستأجر الى أن تنقني اجارته ؟ فكتب إلي يثبت في يد المستأجر الي أن تنقشي اجارته ، .

ورواه في الكافي عن أحمد بن اسحاق الرازي قال : كتب رجل إلى أبي الحسن الثالث إلجًا : «رجل استأجر » الحديث بأدنى تفاوت لايخل بالمقسود .

وما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحسين بن نعيم الصحاف (٢) عن أبى الحسن موسى على د قال : سألته عن رجل جعل داراً سكنى لرجل أيام حياته أو جملها له ولعقبه من بعده؟ قال : هي لـه ولعقبه من بعده كما شرط؟ قلت: فإن احتاج الى بيعها يبيعها ؟ قال: سم ، قلت: فينقض بيعه الدار السكني؟ قال : لا ينقض البيع السكني ، كذلك سمعت أبي يفول : قال أبوجعفر إلى : لاينقض البيع الأجارة ولا السكني ، ولكن يبيعه على أن الذي يشتريه لايملك ما اشتري حتى ينقنى السكني _ على ما شرط _ والاجادة ، قلت : فإن رد على المستأجر مال وجميع ما لزمه من المنفعة والعمادة فيما استأجره ، قال : على طبية النفس ورضا المستأجر بذلك لابأس » .

وما رواه في الكاني والتهذيب عن يونس (٣) دقال : كتبت الى الرضا عليها أسأله عن رجل تقبل من رجل أرضاً أو غير ذلك سنين مسماة ثم ان المقبل أراد

⁽۱) الفقيه ج ٣ ص ١٦٠ ح ١٢ ، الكافي ج ٥ ص ٢٧١ ح ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ۲۶۶ ح ۱ -

⁽٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤١ ح ١٠ ، الاستيمار ج ٤ ص١٠١ ، الفقيه ج ٤ ص١٨٥ ح ١ ، الكافي ج ٧ ص ٣٨ ح ٣٨ ، الرسائل ج ١٣ ص ٢٦٧ ح ٣ ٠

⁽٣) الكافي جه ص ٢٧٠ ح ١ ، التهذيب ج٧ ص ٢٠٨ ح ٦٠ ، الوسائل ج١٣ ص ۲٦٧ ح ٤٠

بيع أرضه التي قبلها قبل انقضاء السنين المسماة هل للمتقبل أن يمنعه من البيع قبل انقضاء أجله الذي تقبلها منه اليه وما يلزم المتقبل له ؟ قال : فكتب : له أن يبيع إذا اشترط على المشترى أن للمتقبل من السنين ماله » .

أقول قداشتر كت هذه الأخبار في الدلالة على صحة الاجارة ، وأن البيع لا يبطلها ، وأما ما اشتمل عليه الخبر الثالث من أنه يبيع بشرط أن يشترط على المشتري منافع الأرض للمستأجر ، فهو محتمل للحمل على وجوب الاخبار أو استحبابه ، بناء على الخلاف في وجوب الاخبار بالعيب في المبيع وقت البيع ، وعدمه ، فإن قلنا بالوجوب كان الشرط هنا محمولاً على الوجوب ، والا فهو محمول على الاستحباب ، وكيف كان فالبيع صحيح .

والخبر الثاني قد دل على أن حكم السكنى كالاجارة في صحة الجميع ، وعدم المنافاة بين الأمرين ، والأصحاب قد اتفقوا على ذلك في الاجارة ، واختلفوا في السكني ، والمشهور أنه لا تبطل السكني والعمري والرقبي بالبيع ، ويجب الوفاء بذلك إلى انقضاء الأجل أو العمر ، ثم يرجع للمشتري واضطرب كلام العلامة في ذلك ففي الأرشاد قطع بجواز البيع ، وفي التحرير استقرب العدم ، لجهالة وقت انتفاع المشتري ، وفي القواعد والمختلف والتذكرة استشكل العكم .

وأنت خبير بما فيه بعد ورود الخبر الصحيح المذكور ، وتأيده باتفاقهم على ذلك في الاجارة ، والجميع من باب واحد ، قالوا : ولوفسخ المستأجر بعد البيع بحدوث عيب ونحوه رجعت المنفعة إلى البايع لا إلى المشتري ، و وجهه ظاهر ، لأن المشتري إنما اشتري مالا مسلوب المنفعة في تلك المدة ولا يتسلط عليها الا بعد انقضاء تلك المدة ، وإنما هي للمستأجر مع بقاء الاجارة أو ترجع للمالك بعد فسخها .

قالوا: ولا تبطل الأجارة بالمدز مهما كان الانتفاع الذي تضمنه عقد الاجارة

من اطلاق أو تعيين ممكنا ، ومرجعه إلى امكان حصول الانتفاع الدي تضمنه المقد في الجملة ، كان تخرب الدار مع بقاء الانتفاع بها في الجملة ، لكن متى كان الامركذلك فإنه وان لم تبطل الاجارة الا أنه يتخير المستأجر دفعاً للضرد عليه بين الفسخ والامساك بتمام الاجرة .

قال في المسالك: ولاعبرة بامكان الانتفاع بغير المين كما لو استأجر الأرض للزراعة ففرقت وأمكن الانتفاع بها بغيرها، فإن ذلك كتلف المين، وعدم منع المدر _ الانتفاع أعم من بقاء جميع المنفعة المشروطة وبعضها وعدم البطلان _ حاصل على التقديرين، لكن مع حصول الانتفاع ناقصاً يتخير المستأجريين الفسخ والامساك بتمام الأجرة، انتهى.

واختلفوا في بطلانها بالمسوت على أقوال ثلاثـة فقيل : بأنها تبطل بموت كل من الموجر والمستأجر ونسبه في الشرايع إلى المشهور وقيل : بأنها لاتبطل بموت أحد منهما ، وهمو المشهور بسين المتأخرين بل قال في المسالك أن عليه المتأخرين أجمع .

وقيل: أنها تبطل بموت المستأجر ولا تبطل بموت الموجر ، وهذا القول مع القول الأول للشيخ ، ونقل في المختلف عن ابن البراج أنه قال: ان عمل اكثر أسحابنا على أن موت المستأجرهو الذي يفسخها ، لاموت الموجر ، وفيه اشارة إلى شهرة هذا القول أيضاً في ذلك الوقت .

قال في النعلاف: الموت تبطل الأجارة سواء كان موت الموجر أو المستأجر، وفي أصحابنا من قال موت المستأجر يبطلها، وموت الموجر لايبطلها، وقال في المبسوط: الموت يفسخ الأجارة سواء كان الميت الموجر أو المستأجر عند أصحابنا والاظهر أن موت المستأجر يبطلها، وموت الموجر لايبطلها، ونقل القول الأول عن المفيد والمرتضى وابن البراج وابن حمزة وغيرهم.

احتج القائلون بالأول على ما نقله في المختلف بأن استيفاء المنفعة يتعذر

بالموت ، لأنه استحق بالعقد استيفائها على ملك الموجر ، فإذا مات ذال ملكه عن العين ، وانتقلت إلى الورثة فالمنافع تحدث على ملك الوارث ، فلا يستحق المستأجر استيفائها ، لأنه ما عقد على ملك الوارث ، وإذا مات المستأجر لم يكن ايجاب الأجرة في تركته .

ثم أجاب عن ذلك بأن المستأجر قد ملك المنافع ، و ملكت عليه الأجرة كاملة وقت العقد ، قال : وينتقض ما ذكره بما لو زوج أمته ثم مات .

أقول: الأظهر في النقض عليهم هوما صرحوابه في البيع بعد الاجارة من أن المنتقل إلى المشترى بالبيع كذلك ، إنما هوالعين مسلوبة المنافع في تلك المدة وأن المنفعة بالاجارة قد خرجت عن ملك صاحب العين ، وبه يظهر أنه لامعنى لقولهم أن المنافع بعد موت الموجر تحدث على ملك الوارث ، فإنها وإن حدثت في ملك الوارث إلا أنها قد صارت مملوكة قبل الانتقال إلى الوارث ، فالوارث هنا كالمشترى إنما انتقلت اليه العين خالية عن المنافع تلك المدة ، وهكذا القول في موت المستأجر فإن الأجرة قد صارت ديناً في ذمته بعقد الاجارة مستحقة عليها للموجر ، فلا تبرء الا بأدائها حياً كان أوميتاً .

واستدل القائلون بالقول الثاني بأن الاجارة من العقود اللازمة ، و من شانها أن لاتبطل بالموت ، ولعموم (١) و الأمر بالوفاء بالعقود ، وللاستصحاب واحتج في المختلف للقول المذكور حيث انه المختار عنده قال : لنا انه حق مالي ومنفعة مقصودة يصح المعاوضة عليها وانتقالها بالميراث وشبهه ، فلا يبطل بموث صاحبها كفيرها من الحقوق ، ولأن العقد وقع صحيحاً ويستصحب حكمه ، ولأن العقد ناقل فيملك المستأجر المنافع به ، والموجر مال الأجارة ، فينتقل حق كل واحد منهما إلى ورثته انتهى ، وهوجيد .

ومرجم هذا الاستعماب الذي ذكروه هنا الى استعماب عموم الدليل

⁽١) سورة الماثلة _ الآية ١ .

أو اطلاقه وهو مما لاشك في صحة الاستدلال به ، لا الاستصحاب المتنازع فيه بأن عموم الأدله الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والشروط _ يقتضى البقاء على حكمها حتى يحصل المخرج عن ذلك والرافع له ، وليس فلبس بل خصوص ما قدمناه من الأخباد الدالة على لزوم الاجادة الى الوقت المحدود .

مشل قوله المهلج في صحيحة على بن يقطين المتقدمة في الموضع الأول الكري لازم الى الوقت الدى اكتراء اليه ، ونحوها رواية محمد بنسهل المتقدمة أيضاً ، فانلقائل بالمحة أن يسمتحب المزوم حتى يقوم دليل على البطلان وليس ألاما ذكروه من تلك التعليلات العليلة مما قدمنابيانه .

ويسزيد ذلك تأييداً وانكان أخص من المدعى مادواً في التهديب عن ابراهيم الهمداني (١) قال : « كتبت الى أبي الحسن على الله وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الاجارة في كل سنة عند انقضائها لا يقدم لها شيء من الاجارة مالم بيقض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها هل يجب على ورثتها انفاذ الاجارة الى الوقت أم تكون الاجارة منتقضة لموت المرأة فكتب على انكان لها وقت مسمى لم تبلغه فماتت فلورثتها تلك الاجارة وان لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فيعطى ورثتها بقدد ما بلغت من ذلك الوقت إنشاء الله تعالى.

وبهذا المضمون أيضاً رواية أحمد بن اسحاق الأبهري (٢) عن أبي الحسن المنظمة وحاصل البحواب بقرينة ما أشتمل عليه السؤال من الشرط المذكور فيه أن حكم الورثة في الاجارة المذكورة حكم المرأة من أن لورثتها تلك الاجارة الى الوقت المسمى فيها ، الا أنهم انما يسطون الأجرة بقدر ما مضى من تلك المدة عملاً بالشرط المذكور على المرأة .

⁽۱) التهمذيب ج ۷ ص ۲۰۷ ح ۵ ، الكافسي ج ۵ ص ۲۷۰ ح ۲ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۲۸ ح ۱ .

⁽٢) التهذيب ج٧ ص ٢٠٨ ح ٥٩، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٩ ح ٥٠

وبالجملة فالظاهر عندي هو القول المدذكوركما عرفت مضافاً الى ما عرفت في أدلة خلافه من القصور ، وقد استثنى الأصحاب من هذا الحكم بناء على القدول المذكور مواضع منها ان يشترط الموجر على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ، فانها تبطل بموته ، وهو الظاهر عملاً بالشرط المذكور .

ومنها أن يكون الموجر موقوفاً عليه فيؤجر الوقف ثم يموت قبل أنقضاء المدة ، لأنه انما يملك المدة ، فانها تبطل بموته عندهم ، فهو بمنزلة انقضاء المدة ، لأنه انما يملك المنفعة الى حين موته ، الاأن يكون ناظراً على الوقف ، فيوجره لمصلحة العين أو لمصلحة البطون ، فانها لا تبطل حينتذ بموت الناظر ، والصحة هنا ليست من حيث كونه ناظراً .

ومنها الموسى اليه بالمنفعة مدة حياته لو آجرها مدة ، ومات في أثناء المدة ، فانها تبطل بموته للعلّة المذكورة في سابقه ، وهو انتهاء استحقاقه ، حيث أن ملكه مقسور على مدة حياته ، والله سبحانه العالم .

الرابع: من الكليات المتفق عليها بينهم أن كلما صح اعادته صح اجادته، وقيدها بعضهم بما صح اعارته بحسب الأصل لامطلقا، فان المنحة وهي الشاةالمعادة للانتفاع بلبنها مما يصح اعادتها مع أنه لا يصح اجادتها ، الا أن هذا الحكم انما ثبت فيها على خلاف الأصل والقاعدة في العادية ، كما تقدم ذكره ، فان مقتضى قاعدة العادية أن المستفاد ما صح الانتفاع به مع بقاء عينه ، والمنحة ليست كذلك ، فحكمها مخالف لقاعدة العادية فلابد من القيد في الكلية المذكورة .

وبسنهم حمل الكلية المذكورة على ماهو الغالب ، فلابستاج الى القيد المذكور ، وقال المحقق الأردبيلي في شرح الأرشاد ... بعد قول المصنف ويسم اجارة كل ما يسم اعارته من الأعيان للانتفاع بالمنفعة التي لا تكون عيناً يسمح اجارته أيضا ، لأن الاجارة تمليك المنفعة بعوض ، والعارية بدون العوض ، ولا فرق بينهما فكل ما يسمح فيه أحدهما يسم

فيه الآخر ، ووجه قيد التي لاتكون عيناً ظاهر ، فانه قدنقل الاجماع في النذكر. وغيرها على عدم صحة الأعارة عندنا اذا كانت المنفعة المنتقلة مثل لبن شاة ، وثمر بستسان ونحوهما ، ولهذ ترك القيد ف لايرد عليه أنه يجوز اعارة الشاة ونحوها ، ولا يجوز اجارتها ، ولا يحتاج الى الجواب بأن المراد غالباً كما قاله المحقق الثانى فتأمل ، انتهى .

أقول: لأأعرفطاذ كره في هذا المقام من الكلام وجهاً واضحاً لما تقدم في المادية من الاتفاق على اعادة الشاة لللبن وهي المنحة ، وان كان الدليل عليها لا يخلو من القصور ، وما نقله عن التذكرة وغيرها من الاجماع على عدم صحة الاعادة عندنا اذاكانت المنفعة المنتقلة عينا مثل لبن شاة أو ثمرة بستان لم أقف عليه في التذكرة وانما الذي فيها ما قدمنا نقله في كتاب العادية حيث قال يجوز اعادة العنم للانتفاع بلبنها وصوفها ، وهي المنحه لا قتضاء الحكمة اباحته ، لان الحاجة تدعوالي ذلك والنسرورة تبيح مثل هذه الأعيان الى آخر ما قدمنا نقله عنه ثمة ، وحينتذ فاذا ثبت صحة عادية العنم خاصة كما هو أحد القولين أومع غيرها مما ألحق بها كما هو القول الاخر لللبن خاصة أو غيره من المنافع أيضاً على الخلاف ، فكيف لا يجب التقييد في الكلية المتقدمة بأحد القيدين المتقدمين .

وبالجملة فانه لايظهر لي وجه لسحة كلامه هنا ، ولعله أراد وجهاً لم يهند إليه فهمي القاصر ، والافائه على ظاهر منى غاية النرابة من مثله والله سبحانه العالم .

الخامس: الظاهر أنه لاخلاف في أن العين المستأجرة كالدابة ونحوها أمانة في يد المستأجر في ضمن المدة المستاجرة لايضمنها الا بالتفريط أو التعدى، والوجه فيه أنها مقبوضة باذن المالك، فلايتعقبها ضمان الاعلى أحد الوجهين المذكورين.

وانما الخلاف فيما بعد المدة اذا لم يطالب المالك بردها أو طالب ولكن وقع التلف في أثناء الرد بحيث لم يؤخر الدفع بعد الطلب، والمشهور بين المتأخرين العدم ، لأنه لا يجب على المستأجر رد العين على الموجر ، ولا مؤنة ذلك ، وانما يجب عليه التخلية بين المالك وبينها كالوديعة ، لأصالة برائة ذمته من وجوب الرد ، لأنها أمانة قبل انقضاء المدة ، فيستصحب ولا يجب ردها الا بعد المطالبة ، والواجب بعدها تمكينه منها ، كنيرها من الأمانات .

وخالف في ذلك جماعة منهم الشيخ وابن الجنيد ، قال في المبسوط : اذا استأجر دابة واستوفي حقه أولم يستوف وأمسك البهيمة بعد منى المدة فهل يصير ضامناً اها ؟ وهل يجب عليه مؤنتها ومؤنة الرد بعد الاستيفاء أم لا ؟ فانه يجب عليه الرد بعد منى المدة ، ومؤنة الرد اذا أمسكها وقد أمكنه الرد على حسب العادة صارضامناً ، وانما قلنا ذلك لأن ما بعد المدة غير مأذون له في امساكها ومن أمسك شيئاً بغير اذن صاحبه وأمكنه الرد فلم يرد ضمن ، وفي الناس من قال : لا يصير ضامناً ، ولا يجب عليه الرد ولامؤنة الرد وأكثر ما يلزمه أن يرفع يده عن البهيمة ، اذا أداد صاحبها أن يسترجعها ، لأنها أمانة في يده ، فلم يجب ردها مثل الوديعة .

وقال ابن إدريس: الذي يقوى في نفسي أنه لايسير ضامناً ولا يبجب عليه الرد الابعد مطالبة صاحبها بالرد، لأن هذه أمانة فلايجب ردها الابعد المطالبة، مثل الوديعة، لأن الأصل برائة الذمة، فمن شغلها بشيء يبحثاج الى دليل، وما ذكره شيخنا في نصرة مذهبه فبعيد، ويعارض بالرهن اذاقشي الراهن الدين، ولم يطالب برد الرهن، وهلك فلاخلاف أن المرتهن لا يكون ضامناً له، وإن كان قال: للمرتهن أمسك هذا الرهن الى أن اسلم اليك حقك، فقد أذن له في امساكه هذه المدة، ولم يأذن فيما بعدها مطلقا، بل بقي على أمانته، وعلى ماكان أولا، وكذلك في مسئلتنا، انتهى.

وعلى هذا القول جرى أكثر من تأخر عنه منهم الفاضلان في غير المختلف وأما فيه فانه بعد نقل كلام الشيخ وكلام ابن ادريس قال: وفي ذلك عندي تردد. أقـول: والا ظهر هو القول المشهور تمسكاً بأسالة برائة الذمة حتى يقوم على 0 2 0

خلافها دليل ، مؤيداً ذلك بالنظائر المذكورة في كلامهم .

بقي الكلام فيما لو اشترط عليه الضمان من غير تعد ولاتفريط ، وظاهرهم هنا هوالقول بيطلان السرط المذكور ، وتردد المحقق ثم استظهر المنع ، ومنشأ التردد من عموم مادل على وجوب الوفاء بالشروط ، ومن مخالفة هذا الشرط لمقتنى العقد ، وذلك فاته قد ثبت شرعاً أن المستأجر أمين لا يضمن إلا بالتعدى أوالتفريط فلا يصح هذا الشرط .

وعندى فيه نظر ، قد تقدم ذكره في غير موضع ، فان أكثر الشروط الواردة على العقود إنما هي بمنزلة الاستثناء مما دل عليه أصل العقد ، بمعنى أنه لولا ذكرها لكان مقتضى العقد دخولها كما أن مقتضى البيع اللزدم ، مع أنه يدخله شرط الفسخ بلا خلاف ولا إشكال .

وإلى ما ذكرناه من صحة الشرط المذكور مال في الكفاية ، وعلله بما يقرب مما ذكرناه ، قال : ويمكن أن يقال : أدلة صحة العقود والشروط يقتضى صحة هذا العقد والشرط ، وكونه مخالفاً لما ثبت شرعاً ممنوع ، لأن الثابت عدم الضمان عند عدم الشرط ، لامطلقا .

وقد روى موسى بن بكر (١) عن أبي الحسن الحليلة قال : سألته عن رجل استأجر سفينة من ملاح فحملها طعاماً واشترط عليه أن نقص الطعام فعليه ، قال : جائز ، قلت : له أنه ربما زاد الطعام ؟ قال : فقال : يدعى الملاح أنه زاد فيه شيئا ؟ قلت : لا ،قال : هو لصاحب الطعام الزيادة ، وعليه النقصان إذا كان قد شرط عليه ذلك > ، انتهى و هوجيد .

ثم انه على تقدير بطلان الشرط ، هل يبطل العقد ببطلانـه ، أم الشرط ، خاصة ؟ قولان : قد تقدم ذكرهما في غير موضع ، والمشهور الأول ، وقـد تقدم

⁽۱) الكافى ج ه ص ٢٤٤ ح ؛ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٧ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٣ م ٢٧٠ ص ٢١٠ م ، الوسائل ج ١٣ م

تحقيق القول في ذلك مقدمات كتاب الطهارة (١) ثم إنه على تقدير القول الثانى فالثابت عدم الضمان ، وهوالظاهر ، وعلى تقدير الأول فالظاهر أنه كذلك أيضاً لأصالة العدم ، ولما تقرر في كلامهم « من أن كل ما لايضمن بصحيحه ، لايضمن بفاسده » ، و يأتي على ما قدمناه من صحة العقد والشرط المذكورين الضمان ، وهوظاهر .

قالوا: ويجوز إجارة المشترك بينه وبين غيره ، لعموم الأدلة ولعدم ثبوت ما نعية الشركة ، لامكان تسليمه واستيفاء المنفعة بموا فقة الشريك ، ولوامتنع رفع الأمر إلى الحاكم ، ويكون كما لوتنازع الشريكان ، والحكم اتفاقي عندهم، كما نقله في المسالك ، ولم ينقل الخلاف فيه إلا عن بعض العامة ، حيث منع الاجارة لغير الشريك والله سبحانه العالم .

السادس: المشهور بين الأصحاب بل لا يظهر فيه مخالف صحة خياو الشرط في الاجارة ، لعموم أدلة الاجارة ، و عموم أدلة صحة الشروط الأما استثنى ، وليس هذا منه ، وعدم ظهور مانع ، ولا فرق بين شرطه لهما معاً ، أو لأحدهما ، أو لأجنبى كما تقدم في البيع ، ولا فرق بين أن تكون الاجارة لعين معينة كهذه العين ، أو يكون موردها الذمة كان يستأجره لعمل مطلق غير مقيد بشخص كيناء حائط .

وقد اتفقوا أيضاً على أنه لايدخلها خيار المجلس ، لأنه مختص عندنا بالبيع، فلا يثبت فيها مع الاطلاق ، أما لوشرط فالمشهور عدم صحته ، لأنه شرط مجهول، لأن المجلس يختلف بالزيادة والنقصان ، وعدم قدحه في البيع من حيث أنه ثابت فيه بالنص .

وعن المبسوط صحة الشرط المذكور (٢) « لعموم المؤمنون عند شروطهم» ورد بما عرفت من أنه شرط مجهول، فيجهل، به العقد، وثبوته في البيع مستثنى بما ذكرناه، والله سبحانه العالم.

⁽۱) ج ۱ ص ۱۶۴ .

⁽٢) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

المطلب الثاني في الثروط

وهى ستة : الاول : كمال المتعاقدين فلا ينعقد بالصبى والمجنون ، و في الصبى المميز بإذن الولى وجهان ، بل قولان : وقد تقدم تحقيق ، الكلام في المقام في البيع (١) بما لامزيد عليه .

الثانى: معلومية الأجرة لاخلاف ولا اشكال في اشتراط كون الأجسرة معلومة في الجملة ، لكن هل يكفي في المكيل والموذون الاكتفاء بمعلوميتها بالمشاهدة ، لانتفاء معظم الغرر بذلك ، وأصالة الصحة أم لابد من الكيل والوزن في كل منهما ؟ قولان : المشهور الثانى ، ونقل الأول عن جماعة منهم الشيخ والمرتضى ، واستحسنه في الشرايع ، واستشكل في الارشاد في ذلك .

قال في المبسوط: مال الاجارة يصح أن يكون معلوماً بالمشاهدة، وان لم يعلم قدره، لأصالة الصحة، ولأن الفرر منفي لحصول العلم بالمشاهدة.

ومنع ابن ادريس من ذلك ، وأجيب عنه بأن الاجارة معاملة لازمة مبنية على المغالبة والمماكسة ، فلابد فيها من نفي الغرد عن العوضين ، وقد ثبت من الشارع اعتبار الكيل والوزن في المكيل والمدودون في البيع ، وعدم الاكتفاء بالمشاهدة ، فكذا في الاجارة ، لاتحاد طريق المسئلتين ، ولنهي النبي (سلى الله عليه وآله وسلم) (٢) عن الغرر مطلقا ، وهو شامل لموضع النزاع ومثله المعدود ، وكذا أجاب به في المسالك ، ونحوه كلام العلامة في المختلف .

وظاهر المحقق الأردبيلي هنا الميل إلى القول الأول ، حيث قال بعد نقل التخلاف في المسئلة : والأصل وعموم أدلة الاجارة وعدم دليل صالح للاشتراط دليل الأول ، إذليس الا الغرر المنفي في البيع علىما نقل عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) فلوصح كان دليلا في البيع فقط ، الا أن يعلم أن السبب هو الغرر فقط من حيث

⁽۱) ج ۱۸ ص ۳۲۷ ۰

⁽٢) الدعائم ج ٢ ص ١٩ ، الوسائل ج ١٢ ص ٣٣٠ ح ٣٠

هو ، وأنه الموجب للنساد ، وأنه موجود فيما نمحن فيه فكان دليلاً للثاني أيضاً ولكن أنى بائبات ذلك كله ، فإن المراد بالغرر المنفي غير واضح ، وكذا عليته فقط ، ووجوده فيما نمحن فيه ، اذنعلم انتفاعه في مشاهدة غير المكيل والموذون بالاتفاق ، والطاهر أنه يكفي العلم بالمشاهدة في المكيل والموذون ، و في الحمدود والمزروع بالطريق الأولى ، ويؤيده بطلان القياس ، وكون الاجادة غيربيم عندنا .

وقال في الشرح قلت: الحديث ورد في البيع، والاجارة محمولة عليه عند بعض العامة، لأنها بيع، وأما عندنا فلا يأتي الا من طريسق اتحاد المسئلتين إلى آخره، وقد عرفت عدم امكان اثبات الاتحاد بحيث لايكون قياساً باطلاً، انتهى كلامه وهوجيد.

أقول: وقد تقدم في كتاب البيع الكلام في هذه المسئلة (١) والنقل عن جلة من الأصحاب جواز البيع مع المشاهدة في الصورة المذكورة، وأنه هوالظاهر من أكثر الأخبار، وإذا ثبت ذلك في البيع بطل ما اعتمدوه من حمل الاجارة عليه، وما استندوا اليه من الخبر عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) في النهي عن بيع الغرر لم يثبت من طرقنا، وإن كثر تناقله في كلامهم وعلى تقدير ثبوته فحمل الاجارة على البيع في ذلك لا يخرج عن القياس، كما ذكره المحقق المذكور.

وما ذكره في المسالك من نهى النبى (سلى الله عليه وآله وسلم) من الغرر مطلقا، (٢) وهو شامل لموضع النزاع مردود، بعدم ثبوت ما ادعاه، والمنقول من كلام غيره إنما هو دعوى ورود الخبر في ألبيع لا مطلقا، مع عدم ثبوته من طرقنا كما عرفت، وبذلك يظهر لك قوة القول الأول وإن كان الأحوط هو المشهور والله سبحانه العالم.

الثالث: أن تكون المنفعة معلوكة ، اما تبعاً لملك العين بأن يكون مالكا

⁽۱) ج ۱۸ ص ۱۸۱ ۰

⁽٢) الوسائل ج ١٢ ص ٣٣٠ ح ٣ .

للأصل ، فتبعه المنفعة و هـو ظاهر ، أو منفردة بأن يكون قـد استأجره وملك منفعته بالاستيجاد من غير أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه، أو عدم الاجادة لغيره ، فلوشرط عليه أحد الأمرين لـم يجز عملاً بالشرط ، والظاهر أن المراد بالملكية هنا هوصحة التصرف والسلطنة على المنفعة بوجه شرعي ، لتدخل فيه ما إذا كان وقفاً بناء على القول بعدم ملك الموقوف عليه .

أقول: وقدتقدم الكلام في أن للمستأجر أن يوجر غيره في المسئلة الرابعة من مسائل المطلب الثالث (١) وكذا في كتاب المزارعة ، فإنه هو المسؤن الذي بسطنا فيه الأخبار ، وتقحنا المسئلة فيه كما هـوحقها ، واختلفوا فيما لو آجر غير المالك شيئا مما يصح للمالك أيجاره فضولاً وهلا يقع باطلاً أو يقف على الاجازة ؟ قولان .

قال في المسالك: ولا خصوصية لهما بالاجارة ، بـل الخلاف وارد في جميع عقود الفضولي ، ولكن قد يختص الاجارة عن البيع بقوة جانب البطلان ، منحيث أنه قضية عرقة البارقي (٢) مع النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) في شراء الشاة دلت على جواذ بيع الفضولي وشرائه ، وقد يقال : باختصاص الجواذ بمورد النص ، والأقوى توقفه على الاجازة مطلقا ، انتهى .

أقول: قد تقدم تحقيق الكلام في هذه المسئلة في البيع بما لامزيد عليه (٣) ومن العجب العجاب أنهم يرد ون الأخباد المروية في أصولهم المشهورة المعول عليها بين متقدميهم بلا خلاف ، من جهة ضعف السند بهذا الاصطلاح الجديد ، و يتلقون هذا الخبر العامي بالقبول ، ويفرعون عليه ما لايخفي من الفروع ، وأعجب من ذلك أن مورد خبرهم إنما هو البيع ، وهم يعدون ذلك إلى جميع المعاوضات كما سمعت من كلامه هنا ، ونحوه غيره ، فأسأل الله عز وجل المسامحة

⁽۱) ص ۱۲ه .

⁽۲) المستدرك ج ۲ ص ٤٦٧ . ب ١٨ ح ١٠

⁽۲) ج ۱۸ ص ۳۷۲ -

لناولهم فيما زالت فيه الأقدام .

الرابع: أن يكون المنفعة معلومة بين المتعاقدين ، ليزول الغرد ، اما بتقدير العمل كخياطة هذا الثوب ، وركوب الدابة إلى الموضع الفلاتي ، أو بتقدير المدة كخياطة شهر ، وركوب شهر ، وسكنى الدارسنة ونحو ذلك .

ولو قدره بالمدة والعمل معاً ، قيل : يبطل وقيل : يصح ، وتفصيل هذه الجملة يقع في مقامين : الأول : ينبغى أن يعلم أن التخيير هنا بين التقدير بكلمن هذين الأمرين ليس كليا ، وإنما المسراد أن كل منفعة يمكن تقديرها بهما معاً فإنه يتخير بين تقديرها بأحدهما ، وذلك كاستيجار الآدمي والدابة ، فإنه يمكن ضبطه بالعمل والمدة كالمثالين المتقدمين من خياطة هذا الثوب ، وركوب الدابة إلى الموضع الفلاني ، ويمكن ضبطه بالزمان كخياطة شهر وركوب شهر ، فبأيهما ضبطها كان صحيحا ، وما لايمكن ضبطه وتقديره الا بالنزمان كالعقارات مثل سكتي الدار والارضاع ، فإنه لابد من تقديره بالزمان وضبطه به ، والمنابط هو العلم بالمنفعة على أحد الوجهين المذكورين .

وعن التحرير أنه جل النابط بالنسبة إلى ما يجوذ بهما معا ما كان له عمل بالعمل كالحيوان ، وما يختص بالزمان ماليس لله عمل كالدار والأرض ، وأورد عليه بأنه ينتقض الأول باستيجار الآدمي للأرضاع ، فإنه عمل ولاينضبط الا بالزمان .

الثاني: فيما لوقدر بهما معاً بأن جمع بين تعيين العمل وضبط المدة بحيث يتطابق بثمام العمل والمدة ، ولايزيد أحد هما على الآخر مثل أن يخيط هذا الثوب في هذا اليوم ، فإنه قيل : بالبطلان ، لأنه غرور ، ولأن استيفاء العمل في تلك المدة قد لايتغق ، وان اتفق فهو نادر ، فكانه استأجره علىما لايقدر عليه عادة ، فإنه يمكن انتهاء العمل قبل انتهاء الزمان ، وبالمكس فإن أمر بالعمل على تقدير الأول إلى أن ينتهى المدة لزم الزيادة على مادقع عليه الهغد بالنسبة إلى شرط

العمل لانتهائه ، كما هو المفروض ، وإن لم يأمر بالعمل لزم ترك العمل في المدة المشروطة بالنظر إلى التحديد بالزمان ، وعلى تقدير الثاني وهو العكس ان امر بالاكمال مع انتهاء الزمان كما هو المفروض لزم العمل في غير المدة المشروطة ، و ان لم يأمر كان تاركا للعمل الذي وقع عليه العقد .

وقيل: بالصحة ونقله في المسالك عن المختلف، ولم أقف عليه في كتاب الاجارة بعد التتبع له وكونه في غير الكتاب المذكور بعيد، قال: واختار في المختلف الصحة محتجاً بأن الغرض إنما يتعلق في ذلك غالباً بغراغ العمل، ولائمرة مهمة في تطبيقه على الزمان، والغراغ أمر ممكن لاغرر فيه، فعلى هذا ان فرغ قبل آخر الزمان ملك الأجرة، لحصول الغرض، فإن خرجت المدة قبله فلمستأجر فسخه، فإن فسخ قبل عمل شيء فلا شيء، أو بعد شيء فأجره مثل ما عمل، وان اختار الامضاء لزم الاكمال خارج المدة، وليس له الفسخ.

ثم قال في المسالك: والحق أن ما ذكره إنها يتم لولم يقصد المطابقة، وهو خلاف موضع النزاع، فلو قصداها بطل، كما قالوه، ومع ذلك يشكل لزوم أجرة المثل مع فيادتها على المسمى، فإن الأجير ربعا يجعل التوانى في العمل وسيلة إلى الزايد، فينبغى أن يكون له أقل الأمرين من المسمى ان كان أتم العمل وما يخصه منه على تقديس التقسيط ان لم يتم، و من أجسرة مثل ذلك العمل، والأقوى البطلان الامع ادادة الظرفية المطلقة، وامكان الوقوع فيها انتهى.

و في الشرايع قد تردد في المسئلة ، و هو في محله ، لخلو المسئلة عن النصوص ، وتصادم ما ذكرهنا من التعليلين بالخصوص ، وان كان كلام العلامة لا يخلو من قرب ، حملاً للمطابقة على المبالغة ، فإن الظاهر أن الغرض الكلى من الاجارة إنما هو تحصيل المنفعة ، فيكون دائراً مدار الفراغ من العمل ، والزمان لادخل له في ذلك الا من حيث الظرفية ، فبوقوعه فيه قبل تمامه تثبت استحقاق الأجرة ، وقبل تمامه يتسلط المستأجر على الفسخ كما ذكره ، هذه

ثمرة اشتراطه في المقام، وارادة المطابقة حقيقة _ لوفرض قصد هما كذالك ، مع كونه لايترتب عليه أثر ولا ثمرة مهمة _ نادر ، والأحكام إنما تبنى على الأفراد الغالبة المتكررة ، وكيف كان فالمسئلة في محل من الأشكال والله سبحانه العالم .

الخامس: أن تكون المنفعة مباحة ، والكلام هنا في موضعين : الاول : الطاهر أنه لاخلاف في تحريم اجادة البيت ليحرذ فيه الخمر ، والدكان ليبيع فيه الآلة المحرمة ، والأجير ليعمل له مسكرا ، بمعنى أن الاجارة وقمت لهذه الغايات أعم من أن يكون قد وقع شرطها في متن العقد أو حصل الاتفاق عليها .

وبداعليه رواية جابر (١) د قال : سألت أباعبد الله الخطي عن الرجل يؤ آجر بيته فيها عنه الخمر ، قال : حرام أجرته ،

إنما الخلاف هذا في موظعين أحد هما أنه هل تكون الاجادة باطلة ، وكذلك البيع ، أو أنه يصح ذلك وان أثم ، فالمشهور الأول وقيل : بالثاني ، ولعل وجهه أن النهى إنما يفيد البطلان في العبادات ، لافي المعاملات ، وفيه أن مقتضى ما قدمنا تحقيقه في هذه المسئلة من التفصيل بأنه ان كان النهى راجعاً إلى شيء من العوضين بمعنى عدم صلاحيته للعوضية ، فإن النهى يدل على البطلان ، وان كان راجعاً إلى أمر خارج كالبيع وقت النداء يوم الجمعة ، فإن غاية النهى الأثم خاصة من غيرأن يبطل العقد ، وما نحن فيه إنما هومن قبيل الأول بمعنى عدم صلاحية المبيع للانتفاع والانتقال ، كما في بيع الغرر وتحوه ، وبه يظهر قوة قول المشهور.

وثانيهما أنه لم يقع الاجارة لهذه الغايات ولكن يعلم أن المستأجر والمشترى يعمل ذلك ، وذهب جمع منهم الشهيد في المسالك وتبعه المحقق الأردبيلي إلى أن حكمه كالأرل في التحريم والبطلان ، لأنه معاونة على الأثم ، للنهى عنه في الآية الشريفة (٢) ، والخبر المتقدم وذهب جمع إلى الجواز ، ويدل عليه جملة من الأخبار

⁽۱) الكافى ج ه ص ۲۲۷ ح ۸ ، التهذيب ج ۷ ص ۱۳۲ ح ٦٤ وفيه عن صابر الوسائل ج ١٢ ص ١٢٥ ح ١٠ .

⁽٢) سورة المائلة ــ الآية ٢ .

التى قدمت في المقدمة الثالثة من مقدمات كتاب التجارة (١) وقد استوفينا تحقيق الكلام فيه ثمة فليرجع اليه من أحب الوقوف عليه .

الثاني : اختلف الأصحاب في جهواز اجارة الحائط المزوق للتنزه فبوزه ابن ادريس ، و منعه الشيخ ، وتسرده في الشرايس ، قال في الخلاف والمبسوط : لا يجوز اجارة حائط مزوق أو محكم للنظر اليه والتفرج فيه والتعلم منه ، لأنه عبث ، والنفع منه قبيح ، وإذا لم يجز النفع فاجارته قبيحة .

وقال ابن ادريس: يجوز ذلك إذا كان فيه غرض و هـو التعلم من البناء المحكم، كما يجوز اجارة كتاب فيه خط جيد للتعلم منه، لأن فيه غرضاً صحيحاً ولأنه لامانع منه.

قال في المختلف ... بعد نقل القولين وقول الشيخ .. : جيّد لأنها منفعة ليس للمالك منع المنتفع بها ، فلا يصبح اجارتها كالاستظلال بالحائط ، و فرق بسين المزوق ، والكتاب ، لأن في الكتاب يتصرف المستأجر بالتسنليم والتقليب بخلاف صورة النزاع ، ولوفرش عدمها لم تقع الاجارة ، كالحائط .

أقول: لا يتخفى أن الظاهر من كلام الشيخ أن العلة في المنع إنما هي من حيث عدم اباحة هذه المنفعة ، كما هو عنوان أصل هذه المسئلة فكانه جعل التنزه هنا من قبيل اللهو ، كما يشير اليه قوله « ولأنه عبث ، والنفع منه قبيح ، وإذا لم يجز النفع فاجادته قبيحة»، لاأن العلة في عدم جواز الاجادة ما ادعاه العلامة ، وعلل به قول الشيخ من أنه يمكن استيفاء هذه المنفعة بدون إذن المالك ، كالاستظلال بحائط الغير ، وليس للمالك المنع من ذلك ، فلا تصح اجادته ، لأنه غير مملوك للمالك .

وأنت خبير بأنه أبن هذا من عبارة الشيخ المتقدمة ، والعجب من المسالك حيث تبع العلامة في ذلك فقال بعد نقل قول ابن ادريس بالجواذ : ومنعه الشيخ وجماعة ، لأن ذلك يمكن استيفائه بدون اذن المالك ، كما يجوز الاستظلال بحايطه بدونها تهى.

⁽۱) ج ۱۸ ص ۱۲ -

وبالجملة فان الظاهر من كلامى الشيخ دابن ادريس يرجع إلى الاختلاف في كون المنفعة هنا مباحة أو غير مباحة ، وابن ادريس يدعى الأول ، والشيخ الثاني ، نعم هذا الاختلاف إنما يتفرع على ما إذا كان التزويق داخل البيت ، كما هوالغالب لافي جدرانه الخادجة في الطرق التي تراها جميع الناس ، فينبغى تقييد محل النزاع بذلك ، بناء على الغالب المتعارف ، وتقييد اطلاق كلامهم بذلك ، وكيف كان فالظاهر بناء على ما قلناه تسرجيح كلام ابن إدريس فان ما ذكره ، غرض صحيح لأرباب تلك الصناعة ، والله سبحانه العالم .

السادس: أن يكون مقدوراً على تسليمها والكلام هنا يقع في مواضع: الأول: لاريب أن من شرط صحة الاجارة عندهم قدرة الموجر على تسليم العين المستأجرة الى المستأجرة الى المستأجرة الينا في اشتراط كون العين المستأجرة مقدورة التي الانتفاع في الجملة ، ليمكن الانتفاع المطلوب إذ استيجار الغير المقدورة التي لايمكن الانتفاع بالمطلوب منها سفه محض وغرر ، ويدل عليه العقل والنقل ، فلو استأجر الأخرى للتعليم أو الأعمى لحفظ متاع بالبصر بطل ، لما ذكرنا .

والظاهر كما تقدم ذكره في كتاب البيع عدم اشتراط كون تسليم المنفعة مقدوراً للموجر، بل يكفي إمكان التسلم، قلو كان المستأجر قادراً على استيفاء المنفعة وأخذ العين من الغاصب بنفسه، أو معاون أو قادراً على تحصيل الآبق، فالظاهر جواز الاستيجار، ونحوه أيضاً استيجار الغاصب للمغصوب الذي في يده، لحصول التسلم، والظاهر أنه يخرج عن الضمان والغاصبية بمجرد العقد، وأن الأظهر في الجميع صحة الاجارة، لعموم الأدلة والآصل عدم ثبوت مانع، ثم انه فيما عدا صورة الغصب ان بذل الجهد في تسليمه ولم يمكن التسليم بطل الإجارة، لأن لزوم الاجرة موقوف على إمكان التسليم و التسلم، الا أن يقصر المستأجر مع القدرة، فيلزم العقدد

بقسي الكلام في اجارة الآبسق مع الضميمة ، وقد تردد في ذلك جملة من

الأصحاب، منهم السرايع والتحرير والتذكرة، وأطلق المنع في الارشاد وقيده في القواعد بعدم الضميمة، ومفهومه جوازها مع الضميمة، وهـو اختياد الشهيد قيل: وجه التردد في ذلك من حيث عدم القدرة على تسليم المنفعة، ومن جواز بيعه من الضميمة لمنص الدال على ذلك، فكذا اجارته بطريق أولى، لاحتمالها من الغرد مالا يتحمله البيع، ومن ذلك يعلم وجه المنع، كما اختاره في المسالك والروضة ووجه الجوازكما اختاره الشهيد، قال في اللمعة: فلا يصح اجارة الآبق و ان ضم اليه أمكن الجواز، قال الشارح: كما يجوز البيع لا بالقياس بل لدخولها في الحكم بطريق اولى، لاحتمالها من الغرد ما لا يتحمله، وبهدنا الامكان أفتى المصنّف في بعض فوايده، ووجه المنع فقد النص المجور وهنا، فيقتصر هنا على مورده، وهو البيع ومنع الأولوية، انتهى.

أقول : والظاهر هو ما اختاره شيخنا المذكور من المنع لما ذكره ، فانه وجيه ، ومع تسليم الأولوية فانه لايخرج عن القياس المنهى عنه في الأخبار ، كما قدمنا تحقيقه في مقدمات الكتاب فيكتابالطهارة (١) .

ثم إنه على تقدير الجواذ مع النميمة فانهم قدص حوا بأنه يشترط كونها متمولة يمكن افرادها بالمعاوضة ، قالوا : وفي اعتباد أفرادها بجنس مايضم اليه فغى البيع تفرد بالبيع ، وفي الاجارة تفرد بالاجارة ، أديكفي كل واحد منهما في كل واحد منهما ، وجهان : من حسول المعنى ، ومن أن الظاهر ضميمة كل شيء الى جنسه ، وقوى الشهيد الثاني .

الثاني: لو منعه المؤجر ولم يسلّمه العين المستأجرة سقطت الأجرة، وليس للمؤجر المطالبة بها ، والحال ذلك ، والظاهر على هذا بطللان العقد وانفساخه بنفسه ، ويكون كتلف العين ، والمبيع قبل التسليم ، وهو مختار التذكرة الا أنه قيده بمنع الموجر المستأجر من العين قبل أن يستوفي المنافع ، وقرب ثبوت الخياد

⁽۱) ج ۱ ص ۳۰ ،

لو استوفاها وقيل: انه لاينفسخ الابالفسخ ، فيتخير بين الفسخ لتعذر حصول العين المستاجرة ، فاذا فسخ سقط المسمى ان لم يكن دفعه ، والا استرجعه وبين الالتزام بالعقد ، ومطالبة الموجر بعوض المنفعة ، وهو أجرة مثلها ، لأن المنفعة مملوكة له ، وقد منعه الموجر منها وهي مصمونة بالأعيان ، وحينتذ فيرجع بالتفاوت ، وهو زيادة أجرة المثل عن المسمى انكان ، لأن المؤجر يستحق المسمى في العقد ، والمستأجر أجرة المثل ، ويرجع عليه بالزيادة عما يستحقه انكان هناك زبادة ، وهذا القول اختيار الشرايم ، والمسالك ، والقواعد .

الثالث: لومنع المستأجر ظالم غير الموجر عن الأنتفاع بالعين المستأجرة ، فلا بخلو اما ان يكون قبل قبضها من الموجر أو بعده ، فهيهنا مقامان : الاول أن يمنعه قبل القبض ، والظاهر من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف أن المستأجر يتخير بين الفسخ فيرجع كل ملك الى ما لكه ، ويرجع المستأجر بالأجرة على الموجر انكان قد دفعها له ، والا فلا ، ويرجع المالك على الغاصب بأجرة المثل كلاً أوبعناً من حيث الغصب ، ومنع تحصيل المنفعة من العين ، وبين التزام العقد والرضاء به فيرجع على الغاصب بالعين المنتفع بها ، وبأجرة المثل في مدة المنع ، ولا المباش للاتلاف ظلماً وعدواناً .

قيل: ولا يسقط هذا التخيير بعود العين الى المستأجر في اثناء المدة، بل له الفسخ في الجميع، وأخذ المسمى لفوات المجموع من حيث هو مجموع، ولأسالة بقاء الخيار السابق، وله الامضاء واستيفاء باقى المنفعة، ومطالبة الفاصب بأجرة مثل مافات في يده من المنافع، وليس له الفسخ في الماضى خاصة، والرجوع بقسطه من المسمى على الموجر، واستيفاء الباقي من المنفعة، لاقتضائه تبعيس الصفقة على الموجر، وهو خلاف مقتضى العقد، بل اما أن يفسخ في الجميع، أو يمضيه، مع احتماله، لأن فوات المنفعة في هذه الحال يقتضى الرجوع الى المسمى وقد حصل في البعض خاصة، فاستحق الفسخ فيه ما انتهى.

أقول: هذا الاحتمال لا يخلوعن قرب، لأن مبنى المنع في الكلام الاول على لزوم تبعيض الصفقة على الموجر، وهوغير جائز عندهم في جميع العقود، وفيه ما تقدمت اليه الاشارة في غير موضع مما تقدم أنه دان اشتهر ذلك بينهم حتى صار قاعدة كلية بنوا عليها في جملة من الأحكام _ الأأنا لم نقف على دليل من الأخبار، لافي باب البيع ولا غيره ولعل ذلك من جملة ما انتقوا فيه العامة، وان اتفقوا عليه وكم من مثله في قواعدهم الاسولية، كما لا يخفى على المتتبع.

الثاني أن يمنعه بعد القبض ، والظاهر أنه لاخلاف في صحة العقد ، وعدم فسخه ، لأن وجه التخيير في الأول ، وجو أز الفسخ انما كان من حيث أن العين قبل القبض مضمونة على الموجر ، فللمستأجر الفسخ عند تعذرها ، والعلّمة هنا منتفية ، لأنه قد قبضها ولزمت الأجازة باجتماع شروطها ، وانما عرض بعد ذلك حيلولة الفاصب له بمنعه عن التصرف ، وعلى هذا فيرجع المستأجر على الفاصب بأجرة مثل المنفعة الفائتة في يده لاغير ، ويرجع الموجر على المستأجر بالمسمى لولم يقبضه سابقاً والعين مضمونة في يد الفاصب لصاحبها ، قالوا: ولوكان الفاصب هو الموجر فلافرق .

الرابع : قالوا : اذا انهدم المسكن كان للمستأجر فسخ الاجارة الا أن يعيده صاحمه ، ويمكنه منه ، وتردد في الشرائع في ذلك .

أقول: ظاهر هذا الكلام أن العقد لا ينفسخ بنفسه، ولو أدى الانهدام الى عدم الانتفاع بالمسكن بالكلية، وبه صرح المحقق الأددبيلي أيضاً فقال بعد ذكر عبارة المصنف المستملة على مثل هذا الاجال أيضاً مالفظه: أي لو انهدم المسكن المستأجر بحيث لا يمكن الانتفاع بد أو انهض ونقص نقصاناً لو كان قبل العقد، لم يرغب في الاجارة عرفا بالاجرة المقررة لم ينفسخ ، بل للمستأجر فسخ العقد، والرجوع الى المالك بعد الفسخ بمقدار حصة الباقي من أجرة المدة، الا أن يعيد المالك المسكن الى أصله الى آخره، وصريح كلام شيخنا في المسالك تقييد هذا الاطلاق بما لولم يؤد الانهدام الى فوات الانتفاع بالكلية، أو أنه يمكن زوال المانع

والا انفسخ العقد بنفسه، قال بعد ذكر المصنف الحكم كما نقلناه عنهم: ومقتضى جواز الفسخ أن العقد لا ينفسخ بنفسه، فلابد من تقييده بامكان ازالة المانع، أو بقاء أصل الانتفاع فلو انتفيا معاً انفسخت الاجارة، لتعذر المستأجر عليه انتهى.

الا أن يحمل اطلاق كلام المحقق المتقدم ذكره على امكان ازالة المانع فلا تنافي حيننذ، وله البقاء على العقد وعدم الفسخ لو لم ينفسخ العقد بنفسه ، وتلزمه الاجرة ورجه الفسخ على تقدير خروج السكنى عن الانتفاع المراد منه عرفاً ظاهر، الا أن يكون سبب ذلك من المستأجر ، وحصول الضرر من جهته ، لأن الأجرة انما بذلت واستحقت في مقابلة الانتفاع ، فاذا فات في الزمان المقرر فلا أجرة الا أن يكون ذلك من المستأجر كما عرفت ، والمراد باعادته المستثناة من الخيار يعنى الاعادة بسرعة على وجه لا يفوت به شيء من المنافع ، ووجه التردد هنا على تقدير اعادته سريعاً من زوال المانع باعادته سريعاً مع عدم ذهاب شيء من المنافع ، ومن شوطه بالا عادة ، ومو ظاهر اختياره في المسالك ، أقول : لم أقف في هذا المقام على ندم والله سبحانه العالم .

المطلب الثالث في الأحكام

وفيه مسائل: الاولى: قد صرحوابأن الأجير الخاص وهو الذي يستأجر مدة معينة للعمل بنفسه أويستأجر عملاً معيناً مع تعيين أول زمانه ، بحيث لايتوانى في فعله ، حتى يفرغ منه لايجوزله العمل لغير من استأجره الاباذنه ، والاجير المشترك وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة ـ مع تعيين المدة ـ ، أو عن المدة مع تعيين المباشرة ، _ أو مجرداً عنهما يجوز له ذلك .

أقول: والأولى في التعبير عن الأول بالمقيد، عوض الخاص، وعن الثاني بالمطلق عوض المشترك، كما لا يخفي .

وكيفكان فتفصيل هذا الاجمال يقع في مقامين: الاول: في الأجير الخاص وقد عرفت تفسيره، والوجه في عدم جواز عمله لغير من استأجره إلا بالاذن الله متى وقعت الاجارة على أحدالوجهين المذكورين، فان منفعته المطلوبة قد سارت ملكاً للمستأجر، فلا يجوز له صرف عمله الذي استأجر عليه، ولاصرف زمانه المستأجر فيه في عمل ينافي ما استوجر عليه، وأما لولم يناف ما استوجر عليه كالتعليم والتعلم والعقدو نحوذ لك حال الاشتغال بالخياطة المستأجر عليها مثلا: فالأقرب الجواز، كما اختاره بعض محققي متأخرى المتأخرين.

قال في المسالك : وهل يجوزعمله في الوقت المعين عملاً لاينافي حق المستأجر كايفاع عقد و نحوه في حال اشتغاله ، أو تردده في الطريق بحيث لاينافيه وجهان : من شهادة الحال بالاذن في مثل ذلك ، والنهى عن التصرف في ملك الغير بغير اذنه .

أقول: لا يخفى أنه وان كان لاخلاف ولا اشكال في النهى عن التصرف في ملك الغير الا باذنه ، الأأن اجراء ذلك فيما نحن فيه ممنوع ، لأن مقتضى الاجارة اشتغال الذمة بأداء العمل المستأجرعليه ، والحال أنه لاخلاف ولااشكال في براءة الذمة بادائه على هذا الوجه ، حيث أن المفروض عدم المنافاة ، وإذا ثبت براهة الذمة من العمل المذكور ، فلايض هذا التصرف بوجه من الوجوه ، والسلازم مما ذكروه ـ لوتم ـ المنع من كلامه مع الغير مطلقا ، وكذا نظره لغيره ، وبطلانه أوضح من أن يخفى والظاهر أن له في السورة المذكورة العمل فيما لم تجر العادة بوجوب العمل فيه للمستأجر كالليل ، لكن يشترط أن لا يؤدي الى ضعف العمل نهاراً ، وكما أنه لا يجوز له العمل بماينافي العمل للمستأجر عليه ، كذلك لا يجوز للغير استعماله في المنافي .

والذي حضرني من الأخبار في المقام مارواه في الكافي في الموثق عن اسحاق بن عمار (١) « قال : سألت أبا ابراهيم المالية عن الرجل يستأجر الرجل بأجرة معلومة

⁽۱) الكافي ج ه ص ۲۸۷ ح ۱ ، التهذيب ج ۷ ص ۲۱۳ ح ۱۷ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۵۰ - ۱۰

فيبعثه في ضيعة فيعطيه رجل آخر دراهم ويقول: اشتر بهاكذا وكذا وماربحت بينى وبينك ، فقال اذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس » .

وهى دالة بالمفهوم على ثبوت البأس مع عدم الاذن ، والظاهر أن المراد به التحريم ، ويحمل الخبر على الأجير الخاص كما هوظاهر الكلام ، وبه إستدل في المفاتيح على الحكم المذكور .

الثانى : في الأجير المشترك وقد عرفت تعريفه ورجوعه إلى ثلاثة أقسام : الاول : الاستيجار على عمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة ، كأن يستأجره على تحصيل الخياطة بنفسه أو غيره يوماً .

الثانى: أن يستأجره على عمل مجرد عن المدة مع تعيين المباشرة ، كأن يستأجره ليخبط له ثوباً بنفسه ، من غير أن يقيده بمدة .

والثالث: أن يكون مجرداً عنهما كان يستأجره على تحصيل خياطة ثوب بنفسه أو غيره من غير تقييد بزمان ، وهذا يجوز له العمل لغير من استأجره ، لأن مقتضى الاستيجاد هنا بجميع أقسامه الثلاثة أنه يجب عليه أن يعمل ذلك العمل بنفسه أو غيره أي زمان أداد ، ولم يملك المستأجر عماه ومنفعته على وجه لا يجوز له العمل لغيره ، كما في الأول ، بل له عليه ذلك العمل مطلقا ، الا أن يكون ثمة قرينة تدل على كونه في زمان خاص كالحج ، فإنه يصير من قبيل الأجير الخاص ، أو قلنا بوجوب العمل بعد الفراغ من العقد ، كما نقل عن شيخنا الشهيد ، فإنه نقل عنه في بعض تحقيقاته أن الاطلاق في كل الاجادات يقتضى التعجيل والمبادرة إلى الفعل ، وعلى هذا يقمع التنافي بينه وبين عمل آخر في التعجيل والمبادرة إلى الفعل ، وعلى هذا يقمع التنافي بينه وبين عمل آخر في صورة اعتبار المباشرة ، وفرع عليه منع صحة اجارة الثانية في الصورة المذكورة .

والظاهر ضعف القول المذكور ، ولعدم وضوح الدليل عليه لامن الأخبار ولامن الاعتبار قال في المسالك : ونعم ما قال : واعلم أن الشهيد حكم في بعض تحقيقاته بأن الاطلاق في كل الاجارات يقتضى التعجيل ، وأنه يعجب المبادرة الى

ذلك القعل، فإن كان مجرداً عن المدة خاصة فبنفسه، والا تغير بينه وبين غيره، فيقع التنافي بينه وبين عمل آخر في صورة المباشرة، و فرع عليه منع صحة الاجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع المباشرة، كما منع في الأجيرالخاص، وما تقدم في الأجارة للحج مؤيد لذلك، فإنهم حكموا بعدم صحة الاجارة الثانية مع اتحاد زمان الايقاع نصا أو حكماً كما لو أطلق فيهما أو عين في أحد هما بالمسنة الأولى، وأطلق في الأخرى، ولا ربب أن ما ذكره أحوط، وان كان وجهه غير ظاهر، لعدم دليل يدل على الفورية، وعموم الأمر بالايفاء بالمقود ونحوه لايدل بمطلقه على الفور عندهم، وعند غيرهم من المحققين، سلمنا لكن ونحوه لايدل بمطلقه على الفور عندهم، وعند غيرهم من المحققين، سلمنا لكن النهى في غير العبادات لايدل على الفساد عندهم، والأسناد الى ماذكر من الحج ليس بحجة بمجرده، ويتفرع على ذلك وجوب مبادرة أجير الملاة الى القناء بحسب الامكان وعدم جواز اجارة نفسه ثانياً قبل الاتمام، وأما تخصيص الوجوب بسلوات مخصوصة وأيام معينة فهو من الهذبانات الباردة والتحكمات الفاسدة، انتهى وهوجيد وجيه كما لايخفى والله سبحانه العالم.

الثانية: لاخلاف ولا اشكال في أنه تملك الاجرة بنفس العقد، لاقتضاء صحة المعاوضة نقل الملك في كل من العوضين من أحد هما الى الاخر، كما في البيع وسائر عقود المعاوضات اللازمة، والاجارة منها، لكن لا يجب تسليم الأجرة إلا بتسليم العين المستأجرة ان كانت الاجارة على عين، أو تمام العمل ان كانت الاجارة على عمل، ولا يجوز تأخيرها مع الطلب، والحال كذلك، ومما يدل عليه بالنسبة إلى تمام العمل مارواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن هشام بن الحكم(١) عن أبي عبدالله عليه أجرته، وعن شعيب (٢) قال تكارينا لأبي عبدالله عليه العملون في بستان له،

⁽۱) و (۲) الكانى ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٢ و ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ١١ و ١٢ الوسائل ح ١٣ ص ٢١١ ح ١١ و ٢٠

وكان أجلهم الى العصر فلما فرغوا قال لمعتب: أعطهم أجودهم قبل أن يبعف عرفهم » .

والظاهر أن ذكر جفاف العرق كناية عن السرعة في الأعطاء وبالجملة فإن الأجرة تتعلق بذمة المستأجر بمجرد العقد ، ولكن لايبجب التسليم الا يعد أحد الأمرين المذكوريس ، وأما قولهم يبجب تسليم الاجارة مسع الاطلاق ، فالظاهر أن المراد به أول وقت وجوب الدفع ، الذي هو عبارة عن تسليم العين ، أو الفراغ من العمل .

قال في المسالك ـ بعد قول المصنف ويبعب تعبيلها مع الأطلاق ومع شرط التعبيل ما صورته ـ : المراد بتعبيلها مع الاطلاق في أول أوقات وجوب دفعها ، وهو تمام العمل ، وتسليم العين الموجرة ، لأن بتسليم أحد العوضين تسلط على المطالبة بالأجرة بمقتضى المعاوضة الموجبة للملك ، ثم انه على تقدير ما ذكرنا من أنه لا يبعب التسليم الابعد أحد الأمرين المذكورين ، قالوا : لوكان المستأجر وسياً لم يجزله التسليم قبل ذلك الامع الأذن صريحاً أو بشاهد الحال ، ولوفر من توقف العمل على الأجرة كالحج مثلاً وامتنع المستأجر من التسليم والظاهر كما استظهره في المسالك أيضاً جواز الفسخ ، ولوشرط التعجيل في الأجرة لم يزد على ما اقتضاء الاطلاق كما عرفت من أنه يبعب التعجيل مع الأطلاق .

نم يفيد ذلك تأكيداً ويتفرع عليه تسلط الموجر على الفسخ لوشرط ذلك في مدة مضبوطة ، فأخل به ، ونحوه لوشرط القبض قبل العمل ، أو تسليم العين الموجرة ، فإنه يسح عملاً لعموم أدلة لزوم الشروط في العقود اللازمة ، ويتسلط على الفسخ مع الأطلاق به كما في غيره ، وقد تقدم الكلام في ذلك في كتاب البيع ، وتقدم القول بعدم تسلطه على الفسخ ، بل الواجب رفع الأمر الى الحاكم ، وجبره على القيام بالشرط ، فليرجسع في تحقيق ذلك من أحب الوقوف على الخلاف في المسئلة الى ما قدمناه ثمة (١) .

⁽۱) ج ۱۹ ص ۳٤ .

ولوشرط التأجيل في الأجرة صح أيضاً بشرط ضبط المدة و كذا لو شرطها نجوماً بأن يدفع العين أو يسمل العمل ولا يطالب بالأجرة الى الأجل المعين ، أو يقسطها فيجعل لكل أجل قسطاً معلوما منها ، فإنه لا مانع من ذلك عملاً بسموم الأدلة ، وعدم ظهور المانع ، وكذا لافرق بين الاجارة الواردة على عين معينة ، أو الاجارة المطلقة الواردة على ما في الذمة ، ولا خلاف عندنا في شيء من هذه الأحكام ، والله سبحانه العالم .

الثائثة : قالوا : لووجد بالأجرة عيباً سابقاً على وقت القبض ، فإن كان الأجرة مطلقة وهي المضمونة تخير بين الفسخ وأخذ العوض وان كانت معينة تخير بين الفسخ والأرش ، وعلل الأول بأن المطلق يتعين بتعيين المالك ، وقبض المستحق كالزكاة فحيئتُذ له الفسخ ، لكون المعينة معيبة ، ولمه الا بدال بالصحيح الذي هو مقتضى العقد ، وهو المشار اليه بالعوض .

والتحقيق ما ذكره جملة من محققى المتأخرين أن مقتفى الأطلاق الحمل على الصحيح ، وهو أمركلي لا ينحصر في المدفوع ، ودعوى تعينه بما ذكر ممنوع ، وقضية ذلك حينند أنه لافسخ هنا ، و إنما له العوض ، نعم لو تعذر العوض توجه الفسخ ، و تخير بينه و بين الرضا بالمعيب مع الأرش عوض ما فات بالعيب لتعين المدفوع اليه ، من حيث تعذر عوضه ، كما هو الحكم في الثاني و هوما إذا كانت معينة ، فإنه يتخير كما قدمنا نقله عنهم بين الفسخ والرضأ به مع الأرش ، من حيث أن تعينه مانع من البدل ، كما تقدم في كتاب البيع ، و دليله ظاهر مما تقدم في بيع المعيب (١) الا أن لقائل أن يقول : باختصاص هذا الحكم بالبيع ، كما هو مورد الدليل .

وظاهرهم أنه لا دليل هنا على ما ذكروه الا الحمل على البيع ، وفيه مالا يخفى ، فمن الجائم هذا يعمل كلام

⁽۱) ج ۱۹ ص ۷۹ ۰

المحقق الأردبيلي حيث قال بعد قول المستنف و إذا كانت معينة له الفسخ أو الأرش .: كان دليله ظاهر مما تقدم في بيع المعيب ، أو يمكن اختصاص البيع بالحكم لدليله ، ويكون هنا الفسخ فقط ، بل ويمكن الانفساخ أيضاً ، لعدم وقوع الرضاء به ، انتهى وهو جيد والله سبحانه العالم .

الرابعة: الظاهر أنه لاخلاف في أنه لو استأجر داراً أو دابة أو غير هما من الآعيان فإن له أن يؤجرها على غيره إذا لم يشترط عليه المالك استيفاء المنفعة بنفسه، ونقل الاجماع في التذكرة عليه، وقيده جملة من الأصحاب منهم العلامة والمحقق الشيخ على وغيرهم، بأنه لايسلم العين الى المستأجر الثاني الا باذن المالك، والا لكان ضامناً لها، واعترضه المحقق الأردبيلي فقال: ماعرفت دليله، والظاهر عدم الضمان بدونه، للأصل وللاذن بالأستيجاد.

وقد سبقه الى ذلك شيخنا الشهيد على ما نقل عنه في المسالك، فائه قوى المجواذ من غير ضمان، قال: لأن القبض من ضروريات الاجارة للعين، وقد حكم بجواذها والأذن في الشيء إذن في لواذمه، ورد بمنع كون القبض من لوازمها لأمكان استيفاء المنفعة بدونه، أقول: الأظهر في الاستدلال علىذلك هو الاستناد الى الأخبار الدالة على جواز الاجارة ممن استأجر وقد تقدمت في كتاب المزارعة، فان اطلاقها ظاهر في عدم هذا الاشتراط، وتقييدها بما ذكروه يحتاج الى دليل واضح، وليس فليس.

ويدل على ذلك خصوص مارواه الكلينى والشيخ في الصحيح عن على بن جعفر (١) عن أخيه « قال : سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاها غيره فنفقت ماعليه ؟ قال : ان كان اشترط أن لاير كبها غيره فهوضا من لها ، وان لم يسم فليس عليه شيء ، والى هذا القول مال أيضا في المسالك استناداً الى الصحيحة المذكورة ، وحينتذ فله أن يؤجرها بأقل مما استأجر أو ما ساواه بلا خلاف .

⁽۱) الكافى ج ه ص ۲۹۱ ح ۷ ، التهذيب ج ۷ ص ۲۱۵ ح ۲۶ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۵۸ ح ۲ ،

وانما الخلاف في جواذ الاجارة بالأكثر فالمشهور ذلك، قال بعض محققى متأخرى المتأخرين و الأصل والقاعدة فأدلة جوازها تفتضى جوازها بأكثر من الأجرة ولو كان بجنسها أيضاً وان لم يحدث حدثاً من عمارة وشبهها، انتهى.

ونقل جلة من المتأخرين الخلاف هنا عن الشيخ في المسكن والأجير والخان قال في التذكرة: قال الشيخ: لا يجوز أن يوجر المسكن ولا الخان ولا الأجير بأكش مما استأجره إلا أن يوجر بغير جنس الأجرة أو يحدث ما يقابل التفاوت، وكذا لو سكن بعض المملك لم يجز أن يؤجر الباقي وعلى هذا النهج كلام المحقق وغيره، والمفهوم من كلام المختلف أن موضع الخلاف أعممن هذه المذكورات، قال في الكتاب المذكور: قال الشيخان: اذا استأجر شيئًا لم يجز أن يؤجره بأكثر مما استأجره به الا أن يحدث فيه حدثًا من مصلحة ونفع اذا اتفق الجنس، وبه قال المرتضى ظاهراً، انتهى.

وقد تقدم تحقيق الكلام في المقام بما لايحوم حوله نقض ولا ابرام في كتاب المزارعة ، (١) وانكان محله اتما هو هذا الكتاب ، الا أنه جرى القلم به ثمة استطراداً فليرجع إليه من أحب الوقوف عليه .

الخامسة: المشهور بين الأصحاب أنه لو استأجره ليحمل عليه متاعاً الى موضع معين بأجرة في وقت معين فان قسر عنه نقص من أجرته شيئاً جاز ، ولو شرط سقوط الأجرة ان لم يوصله فيه لم يجز وكان له أجرة المثل ، قال الشيخ في النهاية : من اكترى من غيره دابة على أن يحمل له متاعاً الى موضع بعينه في مدة من الزمان ، قان لم يفعل ذلك نقص من أجرته كان ذلك جائزاً مالم يحط بجميع الأجرة كان الشرط باطلا ، ولزمه أجرة المثل ونحوه كلام ابن البراج وغيرهما الا أن ظاهر كلام ابن البحنيد أنه متى أحاط الشرط بالأجرة كملا وجب القضاء بالصلح فلا تسقط الأجرة كلها ولا بأخذها جيماً ، وظاهر العلامة في المختلف _ ونقل عن ابنه فخر المحققين أيضا _

بطلان العقد، لبطلان الشرط، فتجب أجرة المثل سواء أوصله في المعين أم غيره، وسواء أحاط بالأجرة أم لا ، ولا ينخفي مافيه ، فانه اجتهاد في مقابلة النص ، كما سيظهر لك انشاء الله تعالى .

وقال ابن ادريس: والأولى عندى أن العقد صحيح، والشرط باطل، لأن الله تعالى قال (١) « أوقوا بالعقود » وهذا عقد فيحتاج في فسخه الى دليل، والشرط اذا انهم إلى عقد شرعى سح العقد، وبطل الشرط، اذا كان غير شرعى وأيضاً لادليل على ذلك من كتاب ولاسنة متوا ترة ولااجماع منعقد، ولم يورد أحد من أصحابناهذه المسئلة إلا شيخنا في النهاية، لا أنها تضمنت التواتر وغيره.

أقول: ما ذكره ابن ادريس جيد على أصله الغير الأصيل، والذي يدل على ما ذكره الشيخ ما رواه المشايخ الثلاثه في الصحيح عن محمد بن مسلم (٢) قال: سمعت أباجعفر الجليلا يقول: انى كنت عندقاض من قشاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما: انى اكتريت من هذا دابة ليبلغنى عليها من كذا وكذا الى كذا وكذا فلم يبلغنى الموضع فقال القاضى لساحب الدابة: بلغته الى الموضع وكذا فلم يبلغنى الموضع فقال القاضى: فليس لك كراء إذا لم تبلغه الى الموضع لاقد أعيت دابتى فلم تبلغ فقال له القاضى: فليس لك كراء إذا لم تبلغه الى الموضع يا عبدالله أن تذهب بكراء دابة الرجل كله، وقلت للآخر: يا عبدالله ليس لك أن تاخذ كراء دابتك كله ولكن انظر قدر مابقى من الموضع وقدرمار كبته فاصطلحا عليه ففصلا ».

هذا صورة الخبرفي الفقيه ، وفيه برواية الكتابين الأخيرين حذف ونقصان واخلال بالمعنى المذكور في هذا المنقول .

⁽١) سودة المائلة ــ اُلاية ١ .

⁽۲) الفقيه ج ٣ ص ٢٠ ح ٧٧ و ٣٦، الكافى ج ٥ ص ٢٩٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢١٤ ح ٢٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٣ ح ١.

ومارواه المشايخ المذكورون أيضاً في الموثق عن محمد الحلبي (١) دقال كنت قاعداً عند قاض من القضاة ، وعنده أبوجمغر المالل عنالي بالس ، فأتاه رجلان فقال أحدهما : اني تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً الي بعض المعادن فاشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا و كذا ، لأنها سوق أتخوف أن يفوتني ، فان احتسبت عن ذلك حططت من الكرى عن كل يوم احتبسه كذا و كذا ، وانه حبسني عن ذلك الوقت كذا و كذا يوماً فقال القاضي : هذا شرط فاسد وفه كراه ، فلما قام الرجل أقبل الي أبوجعفر المالي فقال : شرطه هذا جائز مالم يحط بجميع كراه ، فلما وأنت خبير بأن الرواية الأولى من هاتين الروايتين وان استدل بها الأصحاب وأنت خبير بأن الرواية الأولى من هاتين الروايتين وان استدل بها الأصحاب عليه أنه اذا شرط عليه أن يواني به الي موضع معين في يوم معين صح ذلك ، فلولم عليه أنه اذا شرط عليه أن يواني به الي موضع معين في يوم معين صح ذلك ، فلولم يفعل وجب الصلح باسقاط بعض الأجرة بنسبة ماتركه من الموضع ولم يبلغه فيه ،

وأما ما يظهر من المسالك وقبله الشيخ المحقق الشيخ على من الحكم ببطلان الأجادة هنا ، قال في المسالك بعد ذكر المسنف الحكم المذكور كما قدمنا ذكر عن الأصحاب : هذا قول الأكثر ، ومستنده روايتان صحيحة وموثقة عن محمد بن مسلم والحلبي عن الباقر الميلا ويشكل بعدم تعيين الأجرة لاختلافهما على التقديرين كمالو باعه بثمنين على تقديرين ، ومن ثم ذهب جماعة الى البطلان ويمكن حمل الاخبار على البحالة الى آخر كلامه _ ففيه أن عموم أدلة وجوب الوفاء بالمقود ووجوب الوفاء بالمقود ووجوب الوفاء بالمقود ووجوب الوفاء بالشروط كتابا وسنة مما تقني بالصحة فيهذا المقد ، وما ادعاه من البطلان بهذه البحالة لادليل عليه ، بل الدليل واضح في خلافه كالخبر المذكور ، ومثله صحيحة أبي حمزة (١) عن أبي جعفر المناه عن الرجل يكترى

⁽۱) الكافى ج ه ص ٢٩٠ ح ه، التهذيب ج ٧ ص ٢١٤ ح ٢٢، النقيسة ج ٣ ص ٢٧ ح ٣٢٧٣، الرسائل ج ١٣ ص ٢٥٣ ح ٢٠

⁽۱) الكافي ج ه ص ٢٨٩ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٤ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٩ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٩ ح ١٠

الدابة فيقول: اكتريتها منك الى مكان كذا وكذا فان جاوزته قلك كذا وكذا زيادة وسمى ذلك قال: لابأس به كله ، وهي مع صحتها صريحة في عدم اشتراط ما ادعاه من العلم ، وعدم الضرر بمثل هذه الجهالة ، و تعسكه في البطلان بما لوباعه بثمنين على تقديرين مردود ، بأنه وإن قيل: بالبطلان في ذلك إلا أن مقتضى الأخبار السحة كما تقدم تحقيقه في كتاب البيع ، وهومؤيد لما ذكرناه هناو به يظهر أن ماذكراه من التنزيل على الجعالة لاموجب له ، ولا ضرورة تدعو اليه ، على أنه لامعنى لقوله المائل في الرواية و مالم يحط بجميع كراه ، إذ الظاهر كما ذكره بعض المحققين هو صحة في الرواية و مالم يحط بجميع كراه ، إذ الظاهر كما ذكره بعض المحققين هو صحة أيضاً ماسرح به جملة منهم من الصحة في قولهم إن خطته رومياً فلك كذا ، وإن خطته فارسياً فلك كذا وقولهم إن عملت هذا العمل البور فلك درهمان ، وإن خملته فارسياً فلك كذا وقولهم إن عملت هذا العمل البور فلك درهمان ، وإن عملته في غد فلك درهم ، كما سيأتي تحقيق ذلك انشاء الله تعالى .

وبالجملة فان كلاً من الفعلين المردد بينهما في هذه المواضع المعدودة ، معلوم ، وأجرته معلومة ، والواقع لا يخلومنهما ، فلا مانع من السحة ، والمعلومية على هذا الوجه كافية ، بمقتضىما ذكر ناه من الاخبار في البيع ، والأجارة ، ودعوى الزيادة على ذلك بحيث يحكم بالبطللان مع عدمها يتوقف على الدليل ، وليس فليس والله سبحانه العالم .

السادسة: اختلف الأصحاب فيما لو قال: آجرتك كل شهر بكذا فقيل: بالبطلان مطلقاً لجهالة الموضين المقتضية للغرر إذ لا يلزم من مقابلة جزء معلوم من المعوض كون مجموع العوضين معلومين، فان العوض هنا المجموع، وهو مجهول وانما عليه اجرة المثل فيما سكن، لعدم صحة الاجارة والى هذا القول ذهب ابن ادريس والمختلف والمسالك وغيرهم، وقيل: ان الاجارة تصح في شهر وتبطل في الباقى وله أجرة المثل ان سكن وهو المنقول عن الشيخين في المقنعة والنهاية، وبه صرح في اللمعة والشرايع وغيرهم، والوجه فيه أن الشهر

معلوم و كذا أجرته فلا مانع من الصحة فيه ، نعم يبطل الزايد لعدم انعصاده في وجه معيت ، وأن الأجرة تابعة له ، ورجح المحقق الأردبيلي السحة مطلقاً في المسئلة ، حيث قال بعد ذكر القولين المذكورين ، وهيهنا احتمال ثالث ، وهو السحة في كل ماجلس ، واشتراط العلم بحيث يمنع من هذا غيرمعلوم ، ولا ضرر ولا غرر ، إذ كلما جلس شهراً يعطى ذلك ، ونصفه في نسفه ، وعلى هذا انتهى وهو جيد ، ووجهه معلوم مما قدمناه في سابق هذه المسئلة من الأخبار المذكورة ،

أقول: ويظهر من كلام ابن الجنيد هنا القول بذلك ، حيث قال على ما نقله في المختلف: وقال ابن الجنيد: ولابأس أن يستأجر الداركل شهر بكذا وكل يوم بكذا ، ولا يذكر نهاية الأجل ، ولو ذكرها عشرين سنة أو أقل أو أكثر جاز ذلك ، انتهى ، وهو ظاهر كما ترى في القول بالسحة ، ولم أقف على من نقله عنه في كتب الاستدلال كالمسالك وغيره ولا أشار اليه ، وإنما المشهور في كتبهم نقل القولين المذكورين .

وكيف كان فاتك قد عرفت في مواضع مما قدمناه في المباحث السابقة أن الحق الحقيق بالاتباع وان كان قليل الاتباع هو الوقوف في موارد الأحكام على النصوس، وعدم الالتفات إلى ما اشتهر بينهم من القواعد التى زعموها أسولاحتى ردوا لأجلها الأخبار، وارتكبوا فيها التأويلات البعيدة والى القول بالسحة هنا أيضاً يميل صاحب الكفاية، وقد عرفت قوته.

وقد اختلفوا أيضاً في مالو قال: ان عملته اليوم فلك درهمان ، وان عملته في غد فلك درهم ، فقيل: بالصحة وهو اختيار السرايع واللمعة تبعاً للخلاف ، حيث قال في الكتاب المذكور: إذا استأجره لخياطة ثوب ، وقال: ان خطت اليوم فلك درهم ، وان خطت في الغد فلك نسف درهم ، صح العقد فيهما ، لأن

الأصل جواز ذلك ، والمنع يحتاج الى دليل ، وقوله على (١) د المؤمنون عند شروطهم ، وفي أخبارهم ما يجرى مثل هذه المسئلة بعينها منصوصة (٢) وهي أن يستأجر منه دابة على أن يوافي به يوماً بعينه على أجرة معينة ، فان لم يواف به ذلك اليوم كان أجرتها أقل من ذلك ، وان هذا جائز ، وهذا مثلها بعينها سواء ، وقال في المبسوط : صح العقد فيهما ، فان خاطه في اليوم الأول كان له الدرهم ، وان خاطه في الغد كان له أجرة المثل ، وهو ما بين الدرهم والنصف ، ولا ينقص من النصف المذى سمى ، ولا يبلغ الدرهم ، قال في المختلف : وهذا القول الذي اختاره في المبسوط قول أبى حنيفة .

وقال ابن ادريس: يبطل العقد وتبعه عليه أكثر المتأخرين كالمحقق الثانى والشهيد الثانى في المسالك، والعلامة في المختلف، وغيرهم اعترض في المختلف على كلام الشيخ في الخلاف، فقال: وقول الشيخ بالأسل ممنوع، اذبترك لقيام معارض، وفرق بين صورة النزاع وصورة النقل، لأن صورة النقل أوجب عليه أن يوافي به في يوم بعينه، وشرط ان لم يفعل أن ينقص من أجرته شيئًا، وصورة النزاع لم توجب شيئًا معيناً فتطرقت الجهالة اليه، بخلاف الأول انتهى.

وفيه أن الأصل الذي تمسك به الشيخ أسل رذين ، وهو العومات الدالة على صحة العقود والشروط كتاباً وسنة ، وما عارضه به ليس الا مجرد دعواهم البجهالة في الصورة المذكورة ، وتحوها مما تقدم ، والدليل على الأبطال بنحو هذه البجهالة غير ثابت ، بل المعلوم من الأدلة كما عرفت إنما هو خلافه ، وما ادعام من الغرق أيضاً بين صورة النزاع والنقل ضعيف أيضاً ، لأن المنازع في تلك المسئلة إنما تمسك بما تمسك به هنا من الجهالة ، ورد الرواية بذلك كما عرفت ، ومرجع الرواية الى أنه ان أدخله في ذلك الوقت المعين فله كهذا ، وان تخلف عنه فله

⁽١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ١٥٠٣ ٠

⁽۲) السکافسی ج ۵ ص ۲۹۰ ح ۵، الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰ ح ٤ و ج ۱۳ ص ۲۵۳ ح ۱ -

أنقص، وهذا عين ما نحن فيه.

نعسم ما ذكره في المبسوط ضعيف بما اورده عليه في المختلف ، حيث قال : وتفصيل الشيخ في المبسوط ضعيف ، لأن العقد ان صبح فله المسمى ، وان بطل فله أجرة المثل ، ويكون وجوده كعدمه ، كسائر العقود الباطلة ، انتهى .

ولو قال: ان خطته فارسياً فلك درهم، وان خطته رومياً فلك درهمان، وفسر الرومي بدرزين، والفارسي بدرز واحد، فالخلاف المتقدم، الا ان ابن ادريس قال هنا بعد الحكم بالبطلان: وان قلنا هذه جعالة كان قويا، فإذا فعل الفعل المجعول عليه استحق الجعل، واعترضه في المختلف بأنه ليس بجيد، لتطرق الجهالة الى الجعل، فيجب أجرة المثل وأجاب في المسالك بأن مبنى الجعالة على الجهالة في العمل والفعل كمن رد عبدي فله كذا، فله كذا، فله كذا أو من موضع ومحله غير معلوم، وكذا من رد عبدي من موضع كذا، فله كذا أو من موضع كذا فله كذا مع الجهالة فيهما انتهى، والكل نفخ في غير ضرام، لما عرفت من التحقيق في المقام والله سبحانه العالم.

السابعة : قد تقدم أنه لاخلاف ولا اشكال في أن الأجير يملك الأجرة بنفس المقد ، ولكن لايجب التسليم الا بتسليم العين المستأجرة ان كانت الأجادة على عين ، أو تمام العمل ان كانت على عمل ، وإنما الكلام هنا في أنه هل يتوقف استحقاق المطالبة بالأجرة بعد العمل على تسليم العين المعمول فيها كثوب يخيطه ، وشيء يصلحه ، وضحو ذلك ؟ وفيه أقوال ثلاثة ، فقيل : بعدم التوقف وهو اختياد السرايع والأرشاد وغيرهما ، وقيل : بالتوقف على التسليم ، وهو مختاد المسالك و قبله المحقق الثاني في شرح القواعد ، وقيل : بالغرق بين ما إذا كان العمل في ملك الأجير ، فيتوقف على التسليم او ملك المستأجر ، فلا يتوقف لأنه بيده تبعاً للمك ، وهذا القول نقله في الشرايع وعلل القول الاول بأن العمل إنما هوفي ملك المستأجر ، أو ما يجرى مجراه ، بمعنى أنه وإن وقع في ملك الأجير الا أنه لما

كانت يد الأجير كيد المستأجر لأنه مأذون عنه ، ووكيل عنه أو وديعة عنده فكأنه عمل وهو في يد المستأجر ، فيكون ذلك كافياً عن التسليم ، ولهذا لوعمل وهو في يد وكيله أو ودعيه فالظاهر أنه لا يحتاج الى التسليم .

والأظهر عندي الاستناد الى عموم أدلة وجوب الوفاء بالعقود، والشروط وخسوص ماتقدم من الأخبار الدالة على أنه لايجف عرقه حتى تعطيه أجرته .

و بالجملة فان العمل هو الذي استحق به الأجير الأجرة عقلا ونقلا ، والمعاوضة إنما وقعت عليه خاصة ، والعين في يد الاجير أمانة لايضمنها إلا مسع التعدي والتعريط ، فلا اعتبار بتسليمها وعددمه ، سواء كان العمل في ملك أحدهما أدلا ، ولايسقط بعدم تسليمها مع عدم ضمانها شيء من الأجرة المستحقة بالعمل ، والروايات شاهدة بذلك .

وعلَّل الثاني كما ذكره في المسالك حيث اختاره بأن المعاوضة ، لا يبعب على أحد المعاوضين فيها التسليم الا مع تسليم الآخر ، قال : فالأجود توقف المطالبة بها على تسليم العين ، وأن كان العمل في ملك المستأجر ، وعلى هذا النهج كلام المحقق المتقدم ذكره .

وفيه أولا أن ما ذكره من هذه القاعدة في المعاوضة وان اشتهر في كلامهم، الا أنــه لادليل عليه ، بــل الظاهر إنما هو خلافــه ، كما تقدم تحقيقه في المطلب الثالث في التسليم من الغمل الرابع في أحكام العقود من كتاب التجارة .

وثانيا ما عرفت من دليل القول الأول .

وأما القول الثالث فوجهه ظاهر مما ذكر ، ولكنه مردود بما ذكرناه في دليل القول الأول ، قال في المسالك : وما نقله من الفرق قول ثالث بأنه ان كان في ملك المستأجر لم يتوقف على تسليمه ، لأنه بيده تبعاً للملك ، ولأنه غيرمسلم للأجير حقيقة ، وإنما استعان به في شغله كما يستعين بالوكيل ، وان كان في ملك الأجير توقف ، وهو وسط أوجه ، من اطلاق المسنف والاوسط الذي اخترناه أوجه ، انتهى .

وفيه ما عسرفت و إلى ما رجحناه من القول الأول يميل كلام المحقق الأردبيلي في شرح الارشاد ، حيث قال بعد قول المصنف ويستحق الأجيرالأجرة بالعمل و ان كان في ملكه ما لفظه : دليل مختاره ومختار الشرايع وغيره هو استحقاق الأجير طلب أجرت بعد اتمام العمل ، وان لم يكن سلم العين الى المستأجر وكان العمل في ملك المستأجر بل في بيت الأجير ، ولا يتوقف على تسليم العين ، نعم يجب عليه تسليم العين عند الطلب مع عدم المانع الشرعي فلو منع كان العبا ضامنا والظاهر أنه لا يستحق المستأجر المنع منه حتى يتسلم فلو منع كان غاصبا ضامنا والظاهر أنه لا يستحق المستأجر المنع منه حتى يتسلم فلو منع كان غاصبا ظالما ، وهو خلاف ما مضى من أنه يملك الأجرة بمجرد العقد ، اذ قدقام الدليل المقلي والنقلي على عدم جواذ منع المالك عن ملكه ، واستحقاقه الطلب ، وقد خرج قبل العمل بالاجماع ونحوه ، وبقي الباقي و يؤيده وجوب أجرة العقارات قبل الاستيفاء ، وعموم وخصوص أدلة لزوم الوفاء بالعقود والشروط .

والأخبار مثل حسنة هشام بن الحكم (١) عن أبي عبدالله على الجمال والأجير قال : لا يبجف عرقه حتى تعطيه أجرته ، وقد مرت واختار البعض مثل المحقق الثاني والشهيد الثاني عدم استحقاقه الا بعد تسليم العين وان كانت في ملك المستأجر ، الا أن يكون في يد المستأجر لأنه لا يلزم العوض ولم يستحق طلبه في المعاوضات إلا بالتسليم ، وتسليم المنفعة إنما هو بتسليم العين كما هو في البيع .

وفيه تأمل يعلم مما تقدم ، ولا نسلم الكلية ، ولانمرف لمه دليلا خصوصاً إذا كان العوض منفعة بعد ثبوت الملك ، وفي البيع أيضا ان كان دليل فهو متبع لذلك ، والا نمنع هناك أيضا ، كما فيما نحن فيه ، على أنه قد يقال : أنه لما كانت بيد الأجير فهي بمنزلة كونه بيد المستأجر لأنه وكيل ومأذون في وضع اليد أو ودبعة ، فكأنه فعل العمل والعين في يد المستأجر انتهى، كلامه وهو كلام شاف و إنما نقلناه بطوله لتقف على جودة محصوله ، والله سبحانه العالم .

⁽۱) الكانى ج .ه ص ۲۸۹ ح ۲ ، التهذيب ج ۷ ص ۲۱۱ ح ۱۱ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲٤٦ ح ۱ ٠

الثامنة: قد صرحوا بأن كل موضع يبطل فيه عقد الاجادة يجب فيه أجرة المثل ، مع استيفاء المنفعة أو بعضها ، سواء ذادت عن المسمى أو نقصت ، وعللذلك بأن مقتضى البطلان رجوع كل عوض الى ما لكه ، كما إذا بطل البيع يرجع البايع إلى مبيعه ، والمشترى الى ثمنه ، ولا يملك أحد منهما مال الآخر ولا منافعه إلا أنه في الاجارة لما كان أحد العوضين المنفعة ومسع استيفائها من العين المستأجرة يمتنع ردها وجب الرجوع إلى عوضها ، وهو أجرة المثل ، كما إذا تلفت احدى العينين في المعاوضة الباطلة ، وإلا للزم الظلم على الموجر بأخذ منفعة ماله بغير عوض ، لأنه لم يعطها مجاناً وإنما أعطاها بأجرة ، لكنها من حيث بطلان العقد لم تسلم له ، فلابد من العوض ، والمرجع فيه الى العرف المعبر عنه بأجرة المثل ، مواء ذادت عن المسمى أم نقصت ، أم ساوت .

وهذا ظاهر مع الجهل ببطلان العقد ، أمامع العلم بالبطلان وأن الأجير الحال لا يستحق بذلك أجرة ، ولا يبجب على المستأجر دفعها ، فان عمل الأجير والحال هذه يرجع الى التبرع بعمله والايستحق شيئا بالكلية ، كمن خاط ثوباً لشخص بغير اذنه بالأجرة ، فانه لاحق له شرعاً ، ولو دفع المالك له شيئا ، والحال هذه فانه يكون من قبيل سائر العطايا التي يستحق صاحبها الرجوع فيها مع بقاء المين ، وعدم الرجوع مع الاتلاف ، لأنه سلطه عليه باختياره كما صرحوابه في أمشاله .

والظاهر أن الأجير العالم كالغاصب في تصرفه ، فيترتب عليه الضمان ، بل قيل : ان المفهوم من كلامهم الضمان مع الجهل أيضا ، وهو مشكل من حيث الجهل ، واعتقاد صحة العقد ، وأنه إنما قبض بعقد صحيح ، ظاهراً في اعتقاده وظهور فساده لايكون موجباً لذلك ، فانه غيرمكلف بما في الواقع ونفس الأمر، من صحة أدبطلان أو تحليل او تحريم أوطهارة أو تجاسة اونحو ذلك .

ونقل في المسالك عن الشهيد: أنه استثنى عن أصل الحكم المذكور ما لو

كان الفساد باشتراط عدم الأجرة في العقد أو متضمنا له كما لولم يذكره أجرة فانه حينتُذ يقوى عدم وجوب الأجرة لدخول العامل على ذلك قال: وهوحس ، أقول: لقائل أن يقول بالنسبة الى الصورة الأولى وهو اشتراط عدم الأجرة كأن يقول آجرتك نفسي لأعمل لك كذا وكذا بغير أجرة ، ان مرجع هذا الكلام الى التبرع بالعمل ، فلا أثر لقبول المستأجر ولا اذنه الذي هوشرط في صحة العقد ، وأيضاً فان هذا الشرط مناف لمقتضى معنى آجرتك كما تقدم في تعريف الاجارة من أنها عقد ثمرته تمليك المنفعة الخاصة بعوض ، أو عبارة عن نفس الثمرة ، فالأظهر أنه ليس بعقد فاسد ، بلاذن في العمل بغير أجرة ، والا فلامعنى لهذا اللفظ بل لا يمكن أن يتلفظ به عالم ، عاقل الأن يقصد التجوز بلفظ آجرتك ، واخر اجه عن معناه ، وهذا بحمد الله تعالى ظاهر .

وأما بالنسبة الى الصورة الثانية وهي ثرك ذكر الأجرة ، فانه يمكن أن يقال: ان ترك ذكرها لايدل على الرضا بعدمها ،بلهوأعم اذ قديكون لنسيان أو جهل أو اعتقاد أنه معلوم مقرر أو أنه ينصرف الى السادة والعرف ، ويؤيده أن الأصل عدم التبرع ، ولهذا حكموا مع عدم صحة العقد باجرة المثل ، بناء على ذلك حتى يعلم المخرج عنه بدليل .

وبالجملة فان الترك أعم والعام لادلالة على الخاص ، وفي المسالك بعد أن نقل عن الشهيد ما قدمنا ذكره قال : وربما استشكل الحكم فيمالوكانت الأجارة متعلقة بمنفعة عين كدار مشلا ، فاستوفاها المستأجر بنفسه ، فان اشتراط عدم العوض إنما كان في العقد الفاسد الذي لا أثر لما تضمنه من التراضي فحقه وجوب أجرة المثل ، كما لوباعه على أن لا ثمن عليه .

ثــم أجاب بأنه مع اشتراط عدم الاجرة في الصورة المذكورة يكون ذلك من قبيل العارية دون عقد الاجارة ، قال : فان الاعارة لا يختص بلفظ مخصوص ، بل ولا يتوقف على لفظ مطلقا ، ولاشك أن اشتراط عدم الأجرة صريح في الأذن في الانتفاع بغير عوض ، فلايترتب عليه ثبوت عوض أجرة .

أقول: وهذا ايرادآ خرعلى القول المذكور من غير الجهة التى قدمنا ذكرها، شم انه قال: أما لوكان مورد الاجارة منفعة الاجير فعمل بنفسه مع فسادها، توجه عدم استحقاقه بشيء ظاهر، لأنه متبرع بالعمل، وهو المباشر لاتلاف المنفعة، ثم انه أورد على ذلكما لوكان عمله بأمر المستأجر فانه يستحق أجرة المثلمن حيث الأمر، كما في كل أمر يعمل، نعم لوكان عمله بغير سؤال المستأجر وأمره فانه لايستحق شيئاً بالكلية، لتحقق التبرع حيننذ.

أقول: الظاهرأن هذا الايراد وما اشتمل عليه من التفسيل بين أمر المستأجر وعدمه انما يتم في الصورة الثانية ، وهوعدم ذكر الأجرة في العقد نفياً ولا اثباتا ، والا فغي صورة اشتراط عدم الأجرة فانه وان أمر مالمستأجر وأذن له الا أنه لا أثر له مع اشتراطه على نفسه عدم الأجرة الراجع الى كونه متبرعاً بالعمل كما عرفت .

ثم انه قال في المسالك بعد ذلك: فان قلت: أي فائدة في تسميته عقداً فاسداً مع ثبوت هذه الأحكام واقامته مقام العارية ، قلت: فساده بالنسبة الى الاجارة بمعنى عدم ترتب أحكامها اللازمة لمسحيح عقدها ، كوجوب العمل على الأجير ونحوه ، لامطلق الأثر ، انتهى .

التاسعة: قد صرح الأصحاب بأنه يكره استعمال الأجير قبل أن يقاطعه، والظاهر أنه لاخلاف فيه، ويدل عليه من الأخبار ما رواه في الكافي والتهذيب عن مسعدة بن صدقة في الموثق(١) عن أبي عبدالله الحليلة و قال: من كان يؤمن بالله تعالى واليوم الآخر فلا يستعملن أجيراً حتى يعلمه ما أجره الحديث.

وعن سليمان بن جعفر الجعفرى في الصحيح (٢) * قال : كنت مع الرضا إلجالا في بعض الحاجة وأردت أن أنسرف الى منزلي ، فقال لي : انطلق معي فبت عندى

⁽۱) و (۲) الكافي ج ه ص ۲۸۹ ح ؛ و ص ۲۸۸ ح ۱ ، التهذيب ج ۷ ص ۲۱۱ ح ۱۱ و ص ۲۱۲ ح ۱۲ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۵۰ ح ۱ و ۲ .

الليلة ، فتطلقت معه فدخل الى داره مع المعتب فنظر الى غلمانه يعملون بالطين أوارى الدواب وغير ذلك ، اذا معهم أسود ليس منهم ، فقال : ما هذا الرجل معكم ؟ قالوا : يعاوننا ونعطيه شيئاً قال : قاطعتموه على أجرته ؟ فقالوا : لا ، هو يرضى منا بما نعطيه ، فأقبل عليهم يضربهم بالسوط ، وغضب لذلك غضبا شديداً فقلت : جعلت فداك لم تدخل على نفسك ، فقال : انى نهيتهم عن مثل هذا غير مرة أن يعمل معهم أحد حتى يقاطعوه على أجرته : واعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئاً من غير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا غن أنك نقصت أجرته فاذا قاطعته ثم أعطيته حمدك على الوفاء ، فان زدته حبة عرف ذلك لك ورأى أنك قد زدته › .

وأنت خبير بأن ظاهر هـذين الخبرين إنما هو التحريم ، إلا أنهم هلي كثيراً مايؤ كدون في النهي عن المكروهات بما يوهم الحافها بالمحرمات ، وفي المستحبات بما يكاد يدخلها في حيّز الواجبات ، وعلى هـذا فربما يستفاد من المخبر الثاني جواز الضرب على فعل المكروه ، ويحتمل أن يقال : ان ذلك وإن كان مكروها إلا أنه من حيث مخالفة أمر المولى حيث أنه المي المالا المالا مراراً كان ما فعلوه محرماً ، فيجوز التأديب عليه بلا إشكال .

بقى الكلام في أنه في الشرايع عد" من جملة مايكره هنا تضمينه ، إلا مع التهمة ، حيث قال : ويكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقاطعه على الأجرة ، وأن يضمن إلا مع التهمة ، والأول من هذين الفردين قد عرفت الكلام فيه .

وأما الثانى فهو لا يخلو من الاجال الموجب لتعدد الاحتمال ، ولهذا قال في المسالك : فيه تفسيرات : الأول : أن يشهد شاهدان على تفريطه ، فانه يكره تضمينه للعين اذا لم يكن متهماً .

الثانى : لو لم يقسم عليه بيّنة ، وتوجه عليه اليمين يكره تحليفه ليضمنه كذلك . الثالث · لو نكل عن اليمين المذكورة وقضيناه بالنكول حينتذكره تضمينه كذلك .

الرابع: على تقدير ضمانه وان لم يفرط كما أذا كان صايعاً على ماسيأتي يكره تضمينه حينئذ مع عدم تهمته بالتقصير .

الخامس: أنه يكرم له أن يشترط عليه الضمان بدون التفريط على القول بجواز الشرط.

السادس: لو أقام المستأجر شاهداً عليه بالتفريط كره أن يحلف معه ليضمنه مع عدم التهمة .

السابع : لو لم يقض بالنكول يكره له أن يحلف ليضمنه كذلك .

والأدبعة الاول سديدة ، والخامس مبني على صحة الشرط ، وقد بيننا فساده وفساد العقد به ، والأخيران فيهما أن المستأجر لايمكنه الحلف إلا مع العلم بالسبب الذى يوجب الضمان ، ومع فرضه لايكره تضمينه ، لاختصاص الكراحة بعدم تهمته فكيف مع تبين ضمانه ، انتهى .

أقول: لا يخفى ان الكراهة حكم شرعي يتوقف على الدليــل كالوجوب والتحريم والاستحباب، ومــتى ثبت للانسان حــق شرعى بالبيــّنة أو اليمــين أو النكول أو نحو ذلك لاوجه لكونه يكره له أخذه من غير دليل، يدل على ذلك وبه يظهر ما في أكثر هذه المواضع المعدودة.

والأظهر عندى هـو حمل ذلك على الصايغ والقصار وتحوهما ممن يعطى الأجرة ليصلح فيفسد أو يتلف ، فان الروايات قد اختلف في تضمينهم مع دعوى التلف ، وعدم التفريط في الافساد فأكثر الأخبار على تضمينهم مع التفريط .

وجملة من الأخبار فد فصلت بين كونه مأموناً فلا ضمان عليه ، ومتهماً فضمنه ، وبعض الأخبار يدل على عدم التضمين مطلقاً ، وطريق الجمع بين الجميع كراهة التضمين إلا مع التهمة ، وسيأتى تحقيق الكلام في ذلك انشاء الله تعالى ،

وبسط الأخبار والأقوال في المطلب الثالث في الأجكام .

وأما قوله: ان الخامس مبنى على صحة الشرط، وقد بيننا فساده، ففيه إنا قد بيننا صحته بما هو ظاهر للناظر، كما تقدم في الموضع الخامس من المطلب الأول، إلا أن فيه ما عرفت من أن مجرد صحته وجوازه لا يستلزم الكراهة، بل الأصل صحته وجوازه من غير كراهة كغيره من الأمور الجائزة المباحة حتى يقوم دليل على الكراهة، والله سبحانه العالم.

العاشرة: قد صرحوا بأن المنفعة تملك بنفس العقد، كما تملك الأجرة، ووجهه ظاهر مما تقدم في المسئلة الثانية من مسائل هذا المطلب، من اقتضاء صحة المعاوضة ولزومها نقل الملك في كل من العوضين من أحدهما الى الآخر كالبيع، وساير عقود المعاوضات اللازمة والاجارة من جملتها، فالمنفعة هنا منتقل الى المستأجر بنفس العقد، وان كان انما يستوفيها تدريجاً وشيئاً فشيئاً وهو غير مناف للملك، إذ لا يشترط في التمليك وجود المملوك، وملك المستأجر لها هنا على حسب ملك الموجر لها، فانه لا إشكال في أنه مالك لمنفعة نفسه، وليس ذلك إلا باعتبار صحة تصرفه فيها كتصرفه في العين بالنقل الى غيره، فكذا المستأجر باعتبار صحة استيفائها ونقلها الى غيره، ونحو ذلك من لوازم الحقوق المالية.

وبالجملة فان ملك المستأجر لها على حسب ملك الموجر لها ، ولم يخالف في ذلك الا بعض العامّة ، حيث زعم أن المستأجر لا يملك المنفعة بالعقد ، لأنها معدومة ، بل يملكها على التدريج شيئاً فشيئاً بعد وجودها ، وحدوثها على ملك الموجر ، وجعل ملك الأجرة تابعاً لملك المنفعة ، فلا يملكها الموجر إلا تدريجاً كذلك ، وضعفه أظهر من أن يخفى ، وكما يملك الموجر الأجرة بمجرد العقد كذلك يملك المستأجر المنفعة بمجرده ، ولا فرق بينهما إلا بأن تسليم الأجرة موقوف على دفع العين المستأجرة إن وقع الاستيجار على منفعة تلك العين ، أو إتمام العمل إن وقع على العمل كما تقدم ، والمنفعة بحب تسليمها مع الطلب

بتسليم العين التي يراد الانتفاع بها إن كان كذلك ، أو عمل الأجير إن كان الاستيجار على عمله .

قيل: ويمكن جواذ منع كل واحد منها عما في يد صاحبه الذى انتقل اليه حتى يتسلم حقه ، كما قيل في البيع والشراء ، وهذا في غير العمل ، كالعين المستأجرة للانتفاع من دار ودابة ونحوهما ، أما العمل كالخياطة فانه يجب عليه العمل ، ولا يجب تسليم الاجرة اليه إلا بعد كماله ، والغرق بينهما أن العمل مقدور للعامل ، فيعمل ثم يأخذ حقه ، بخلاف المنفعة فانها إنما تستوفي باستعمال المستأجر مع مضى الزمان ، وليس على الموجر إلا تسليم العين وقد فعل ، فيترتب عليه وجوب دفع الأجرة ، وحينتذ فيمكن ما ذكره ، إلا أنك قد عرفت مافيه في كتاب البيع ، وقد تقدمت الاشارة اليه أيضاً في المسئلة السابقة من مسائل هذا المطلب .

الحادية عشر: قيل: يسترط اتصال مدة الاجارة بالعقد، فلو أطلق أو عين شهراً متأخراً عن العقد بطل العقد، وهو منقول عن المبسوط والخلاف، وعن أبى الصلاح متابعة الشيخ في الفرد الثاني، ونقل عن الشيخ الاحتجاج على ما ذكره في كل من الفردين بأن عقد الاجارة حكم شرعي، ولايثبت الا بدلالة شرعية، وليب على ثبوت الاجارة في الموضعين المذكورين دليل، فوجب أن لايكون صحيحاً.

واحتج أبوالصلاح _ على الموضع الذي تبع فيه الشيخ _ بأن صحة الاجارة تتوقف على التسليم .

وأجيب عن حجة الشيخ بأن الدليل موجود، وهو الأدلة العامة كتاباً وسنة على وجوب الوفاء بالعقود، والأصل، وعن حجة أبى الصلاح بالمنع من توقف الصحة في مطلق الاجارة على التسليم، بل هو عين المتنازع، ومحل البحث سيما مع ما عرفت من أصالة الصحة، وعموم الأدلة الدالة على الصحة حتى يقوم دليل

على خلاف ذلك .

وأورد على هذا القول في المسالك أيضاً بأن شرط الاتصال يقتضى عدمه ، لأن كل واحد من الأزمنة التي تشتمل عليها مدة الأجارة معقود عليه ، وليس متصلا منها بالمقد ، سوى الجزء الأول ومتى كان اتصال باقى الأجزاء غير شرط ، فكذا اتصال الجميع ، انتهى ،

وظنى ضعفه ، فان الزمان المشترط في العقود المحدد عندهم بتعيين زمان الابتداء والانتهاء أمر واحد لاتعدد فيه ، واتساله وانقطاعه إنما هـو بالنظر الى طرفيه لا الى أجزائه المركب منها ، والا لم يتم وصفه بالاتسال أو الانقطاع كما لا يخفى ، وبالجملة فاني لا يظهرلي وجه صحة ما أورده ، والمشهور هوالجواز مع عدم الاتسال ، وهو الأظهر لما عرفت .

أما مسع الاطلاق فيبتني على ما سيأتي في القول الثاني وقيل: ان الأطلاق يقتني الاتصال ، فلولم يعين مبدأ اقتنى العقد كون ابتدائها متصلا بالعقد ، فيكون أولها من آخر العقد ، لأنه مقتنى العرف ، حتى ادعى بعضهم بأنه صار وضما عرفيا ، فكأنه قال آجرتك شهرا يكون أوله حين الغراغ من العقد ، وهوجيد ان ثبت ما ادعوه من دلالة العرف على ما ذكروه ، وإلا بطل للجهالة ، وظاهر جملة من الأصحاب كالمختلف والمسالك ذلك ، وهو يؤذن بالشك في دلالة العرف على ما ادعوه ، قال في المسالك : والأقوى الجواذ مع الاطلاق ، إن دل العرف على ما اقتضائه الاتصال ، ونحوه في المختلف .

وأما القول بأن الاطلاق يقتضى الاتصال مطلقا كما يظهر من عبارتى الشرايع والارشاد، ففيه أنه أعم من ذلك، والعام لايدل على الخاص، الا أن يكون هناك قرينة على ارادته فلا نزاع.

وبالجملة فالقول بذلك على اطلاقه ضعيف، وأضعف منه دعوى الجواز مع الأطلاق مطلقا، كما يظهر من ابن ادريس، وابـن البراج، قال في المختلف:

قال الشيخ: إذا استأجر الدار شهراً ولم يقل من هذا الوقت وأطلق بطلت ، وقال ابن البراج وابن ادريس: بجوازه ، والتحقيق أن نقول ان كان العرف في الأطلاق يقتضى الاتصال ، فالحق ما قاله ابن البراج ، وان كان لايقتضيه فالحق ما قالمه الشيخ ، لحصول الجهالة على التقدير الثاني دون الأول ، انتهى وهوجيد .

واحتمل المحقق الأردبيلي في صورة الأطلاق مع عدم اقتضاء العرف الأتصال السحة أيضاً وقال : يحتمل السحة والأختيار الى العامل ما لم يؤد الى التأخير المخل عرفاً مثل أن يستأجر العمل من دون تعيين ، والأصل وعموم الادلة دليله ، شم قال : وكذا لا يبعد البطلان مع الاطلاق ، ومع اقتضائه الاتصال أو القيد إذا كان المنفعة بعد العقد مستحقة للغير ، لأنه كاجارة المستأجرة ، ويحتمل في الاطلاق كون الابتداء بعد خروج تلك المدة خصوصاً مع جهل الموجر ، فينصرف كون أولها إلى المدة التي تجوز اجارته ، عملا بمقتضى عموم أدلة صحة الاجارة ، وأصل عدم اشتراط كون أولها من حين العقد ، وخرج ما لم تكن تلك المدة مستحقة ، باقتضاء العرف مع الأمكان ، وبقى الباقى فتأمل انتهى .

أقول : هذا ملخص كلامهم في هذه المسئلة وأنت خبير بأني لم أقف على نص في هذا المقام ، لا في أصل المسئلة ، ولا في شيء من فروعها ، الا أن الظاهر من جملة من الروايات الواردة في نكاح المتعة ، هوأن الأطلاق يقتضى الاتصال .

ففي روايدة أبان بن تغلب (١) عن أبي عبدالله الخليلا كيف أقول إذا خلوت بها ، قال تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله تعالى وسنة نبيه (صلى الله عليه وآله وسلم) لاوارثة ، ولا موروثة كذا وكذا يوماً ، وإن شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهماً ، وتسمى من الأجرما تراضيتما عليه ، قليلاً كان أو كثيراً فإذا قالت : نعم فهي امر أتك ، وأنت أولى الناس بها ، الحديث .

وفي رواية هشام بن سالم (٢) قال : قلت : كيف نتزوج المتعة قال : تقول :

⁽۱) و (۲) الكافسي ج ه ص ه ه ٤ ح ٣ و ه ، التهديب ج ٧ ص ه ٢٦ ح ٧٠ الرسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ١ و ٣ .

يا أمة الله أتزوجك كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً فاذا مضت تلك الآيام كان طلاقها في شرطها » .

وفي معناها رواية أخرى له أيضاً ونحوها روايات آخر أيضاً والتقريب فيها أنها على تعددها قد اشتركت في اطلاق العقد ، وعدم ذكر الاتصال مع حكمهم كالكا بصحة العقد، وترتب الأحكام عليه، فلولا أن الاطلاق يفتضي الاتسال لماحكموا عليها بالصحة في ذلك ، سيما رواية أبان وقوله فيها فإذا قالت : نعم فهي امر أتك فانها صريحة في أنه بعد تمام العقد تترتب المنفعة ، وحل النكاح ، ومن المعلوم أن دائرة النكاح أضيق من الإجارة ، لما تكاثر في الأخبار من الحث على الأحتياط في الغروج لما يترتب عليه من النسل الى يوم القيمة ، وهم قد اعترفوا بأن دائم ، الاحارة أوسم من البيم ، فكيف النكاح ، والمتعة في التحقيق من قبيل المستأجرة كمايشير اليه جملة من أحكامها ، وبه يظهر قوة ما قدمنا نقله عن الفاضلين ، ويمكن حمل كلام ابن البراج وابن إدريس عليه بأنهما إنما جوزا العقد مع الاطلاق لذلك، وان لم يصرحا كما صرح المحقق، وما ادعوه من الجهالة على تقدير الاطلاق لسر في محله ، وكذا ما قيل : من أنه عام والعام لايدا. على الخاص ، فان الجميم لا تعويل عليه ، بعد ما عرفت من دلالة النصوص على ما ذكرنا ، ومما يؤيد القول المشهور من الصحة لوعين شهراً متأخراً عـن العقد ما ورد مثله في المتعة أيضاً في رواية بكار بن كردم (١) ﴿ قال : قلت لأبي عبدالله على الرجل يلقي المسرأة فيقول لها: زوجيني نفسك شهراً ولايسمي الشهر بعينه، ثم يمضى فيلقاها بعد سنين ، قال ، فقال له شهره ان كان سماه ، وأن لم يكن سماه فلاسبيل له عليها ، وهي صريحة في المراد، والله سبحانه العالم.

الثانية عشر: إذا أسلم الموجر العين المستأجرة للانتفاع بها ومنت مدة يمكن الانتفاع فيها ، واستيفاء المنفعة ولم ينتفع المستأجر بها لزمت الأجرة،

⁽۱) الكافي ج ه ص ٢٦١ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٧ ح ٥٧٠

للزوم العقد ، وتسليم الموجر ، وإنما التقصير في ترك الانتفاع من المستأجر ، ويؤبد ذلك مارواه في الفقيه والكافي عن اسمعيل بن الفضل(١) « قال : سألت أباعبدالله إلجالا عن رجل استأجر من رجل أرضاً فقال آجرتها كذا وكذا على أن أزرعها فان لم أزرعها أعطيك ذلك ، فلم يزرع الرجل فقال : لمه أن يأخذه بماله ، انشاء ترك ، وإنشاء لم يترك ،

قالوا: ولافرق في ثبوت الأجرة عليه بالتسليم، ومضى المدة المذكورة بين كرون الاجارة صحيحة أو فاسدة ، بناء على القاعدة المشهورة عندهم من أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، ولكن مع الفساد يلزم أجرة المثل عماً فات من المنافع في يده .

قالوا: وفي حكم التسليم مالو بذل العين فلم يأخذها المستأجرحتى مضت المستة التي يمكن الاستيفاء فيها ، فانها تستقر الاجرة ، الا أنه لابد من تقييده بالمحيحة ، والوجه فيه من حيث عدم القبض وظهور بطلان الاجارة ، واستقرار الأجرة في الصحيح أو المثل إنما يثبت من حيث صحة العقد الموجب لذلك ، وهو هناغير حاصل قالوا وإذا استأجره لقلع ضرسه فمضت المدة التي يمكن ايقاع ذلك فيها ، فلم يقلعه المستأجر استقرت الأجرة ، أما لوذال الألم عقيب العقد سقطت الأجرة ، والوجه في الأول ظاهر ، لأن الاجير سلم نفسه للعمل ، وامتنع المستأجر من غير عذر ، فان الأجرة تستقر بالعقد والتمكين ، والوجه في الثاني بطلان الاجارة بالبرء وذوال الألم ، لأن متعلق الأجارة الموجب للصحة هو تحصيل المنفعة واللازم هنا إنما هوالفر و بادخال الألم المنهي عنه شرعاً وعرفاً ، فلا يصح الاستيجار هنا إنما هوالفر و بادخال الألم المنهي عنه شرعاً وعرفاً ، فلا يصح الاستيجار على قطع يده من غير سبب موجب لذلك ، نعم لو كان شمة سبب كما إذا كانت مستأكل ينخاف من سريان الضر و الى الصحيح منها ، فانه يجوز والله سبحانه العالم .

⁽۱) الكافى ج ه ص ۲۹۵ ح ۷ ، الفقيه ج ۳ ص ۱۵۵ ح ه معاختلاف يسير الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۰ ح ۱ .

الثالثة عشو: لواستأجر شيئاً فمرض له التلف فاما أن يكون للجميع أو البعض قبل القبض أو بعده أولم يعرض له التلف، ولكن عرض له نقصان في المنفعة أو عرض له ما يوجب زوال المنفعة كلها.

فههنا صور: الأولى: أن تتلف العين المستأجرة لاستيفاء المنافع منها قبل القبض ، ولا اشكال في بطلان الاجارة ، لأن استيفاء المنفعة أحد العوضين ، فاذا فات قبل قبضه بطل كما في البيع ، فاستيفاء المنفعة هنا كالقبض في البيع ، كما أن استيفاء البعض كقبض بعض المبيع .

الثانية : ان تتلف العين بعد القبض وقبل استيفاء شيىء عن المنافع ، والحكم كما تقدم من بطلان الاجارة ، لفوات أحد العوضين .

الثالثة : أن يكون التلف بعد القبض واستيفاء بعض المنفعة والحكم فيها أنه يصح فيما قبضه ، ويبطل فيما بقى ومثله مالـو تجدد فسخ الاجارة والحال كذلك ، ويرجع من الأجرة ما قابل المتخلف ، ويقسط المسمى على جميع المدة .

قال في المسالك: وحيث يبطل البعض يقسط المسمى على جميع المدة، ويثبت للماضى ما قابله منها، ثم ان كانت متساوية الاجزاء فظاهر، والا فطريق التقسيط أن يقوم أجرة مثل جميع المدة ثم تقوم الأجزاء السابقة على التلف وينسب الله النبة.

الرابعة : أن يتلف بعض العين خاصة فالحكم في التالف كما تقدم ويتخير عندهم في الباقي بين الفسخ لتبعيض الصفقة وبين امساك الحصة بقسطها من الأجرة .

الخامسة : لولم يتلف شيء منها ولكن نفست المنفسة بحدوث عيب كان ينقص ماء الأرض وماء الرحى أو عرجت الدابة أو مرض الأجير أو نحو ذلك ، والحكم أنه يثبت الفسخ للمستأجر كما هو المشهور

ا أب البراج : اذا استأجر رحى وآلتها وقل الماء الى ان أضر ذلك على الله الله الله أضر ذلك الطحن ، وهو يطحن على ذلك نظرت في الضرد ، فان كان ضرراً فاحشاً كان له

ترك الاجادة ، وان كان غير فاحش ، كانت الاجادة لازمة له ، قال في المختلف : بعد نقل ذلك عنه ، والأجود ان له الفسخ ، سواء كان الضرد فاحشاً أو غير فاحش ، لأنه يتضرد ، وقد قال المناجرد ولاضراد » ثم أنه قال : فان استأجرد عي بآلتها فانكسر أحد الحجرين أو الدوارة كان له فسخ الاجادة ، فان عمل صاحب الرحى ما انكسر من ذلك وفسد قبل الفسخ لم يكن له بعد ذلك الفسخ ، ولكن يرفع عنه من الأجير بحساب ذلك ، فان اختلفا في مبلغ العطلة كان القول قول المستأجر الا أن ينكر الموجر ذلك ، والأجود أن له الفسخ بتبعض الصفقة ، انتهى.

السادسة : مالو عرض لـه ما يوجب زوال المنفعة كما لو استأجر أرضاً للزراعة الا أنـه قد استولى عليها الماء بحيث لاينحسر عنها مـدة يمكن فيها الزراعة ، والظاهر أنـه لااشكال في بطلان الاجارة ، لأن من شروط الاجارة ان يكون للعين نفع يتر تب عليها ، فكأنه استأجر ما لانفع فيه ، فهو تضييع للمال ولو كانت مما ينقطع عنها الماء أحياناً ، فان علـم مقدار ما ينقطع عنها الماء ، وتصلح للزراعة ، فالظاهرأنه لااشكال في الصحة ، وإلا فلا للجهالة الموجة للغرر، والله سبحانه العالم .

الرابعة عشر: قالوا: يشترط تعيين المحمول بالمشاهدة أوالكيل أوالوزن والمراكب والمحمل وقدر الزاد، وليس له البدل مع الغناء الا بالشرط، ومشاهدة الدابة المركوبة أو وصفها وتعين وقت المسير ليلاً أونهاراً.

أقول: تفصيل البحث في هذه الجملة هوأن يقال، لاريب في معرفة هذه المذكورات وتعيينها لترتفع بذلك الجهالة الموجبة للغرر الموجب للبطلان في العقود، فأما بالنسبة الى المحمول على الدابة، فلا بد في اعتباره بأحد الشلائة المذكورة في كل ماينا سبه، الا أن بعض محققى المتأخرين صرح بأنه لايكفى

⁽۱) الكافىي ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٦٤ ح ٤ ، النقيه ج ٣ ص ٤٥ ح ٢ ، الوسائل ج ١٧ ص ٣٤١ ح ٣ ،

ذلك على الاطلاق كماهو ظاهر كلامهم، فأوجب في المشاهد امتحانه باليد تخميناً لوزنه انكان في ظرف ، لما في الأعيان من الاختلاف في الثقل والخفة مع التفاوت في الحجم ، وأوجب في المعتبر باحد الأمرين الاخرين أنه لابد من ذكر جنسه ، للاختلاف الفاحش باختلاف الاجتاس ، وان اشتر كت في كونها مكيلة أو موزونة قال : فان القطن معتبر من جهة انتفاخه و دخول الربح فيه فيزداد ثقله في الهواء والحديد يبجتمع على موضع من الحيوان ، فربما عقره ، وتحميل بعض الاجناس أصعب من بعض ، والحفظ في بعضها كالزجاج أسعب ، وملخص الكلام في ذلك هو أسعب من بعض ، والحفظ في بعضها كالزجاج أسعب ، وملخص الكلام في ذلك هو الجناس مسع التقدير بأحد الأمرين المذكورين ، ليرتفع الجهالة بعذافيرها وهو حسن .

وأما بالنسبة الى المراكب والمحمل فللاختلاف بالثقل والخفة فلا بد في الراكب من الاعتبار بالمشاهدة أو الوزن مع عدمها ، قالوا : و في الاكتفاء فيه بالوصف من فخامة وضحامة وطول وقسر ونحو ذلك وجهان أجودهما ذلك مع افادته للوصف التام الرافع للجهالة ، ولابد في المحمل بكسر الميمالثانية كمجلس، واحد المحامل ، وهو شقّان يوضعان على البعير ، يبعلس فيهما المتعادلان ، من الاعتبار بالمشاهدة ، أو الوزن مع ذكر الطول والعرض ، لاختلافها في السهولة والصعوبة ، الا أن يكون متعارفاً معلوماً لاجهالة فيه فيصرف اليه الاطلاق ، وكذا الحكم أيضاً في الآلات التي يصحبها المسافر ، كالقربة والسفرة ، والأداوة ونحو ذلك ، فانه لايكفي مجرد ذكرها ، بـل لابد من معرفة قدرها وجنسها الا مـع جريان العادة بالحمل من غير مضايقة في ذلك .

وأما بالنسبة الىالزادفلما عرفت أيضا فلابدمن تعيين قدره ، لترتفع الجهالة وأما أنه ليسس له بدله بعد الفناء الامسع الشرط ، فان المتبادر من السزاد هوما مستغنىبه المسافرني طريقه ويكفيه وهوقد اشترطه ، والمراد بفنائه يعنىبالأكل المعتاد ، وحينئذ لوفنى والحال هذه فانه ليسله ابداله ، لأن مرجع تقسيره الى فعله بنفسه ، أما لوكان فناه بنحو آخر كضيافة غير معتادة أو أكل عير معتاد أو سرقة أوسقط منه في الطريق فانهم صرحوا بان له ابداله ، تنزيلاً للاطلاق على المعتاد المتعارف ، ويكون حكم البدل حكم المبدل في ذلك ، هذا كله مع عدم شرط الابدال ، وإلا فلا اشكال في الابدال عملا بالشرط المذكور .

وأما بالنسبة الى مشاهدة الدابة أو وصفها مع عدم المشاهدة فلما في عدم ذلك من الجهالة لما علم من اختلاف الدواب في القوة والضعف والحزونة والسهولة وزاد بعضهم أيضاً اشتراط الذكورة والانوثة اذاكانت للركوب، قان الأنثىأسهل والذكر أقوى، قال: ويحتمل العدم، لان التفاوت بينهما يسير فلم يكن معتبراً في نظر الشارع، هذا فيما لوكانت الاجارة معينة.

أما لوكانت في الذمة بمعنى أنه استأجر للحمل على دابة الى الموضع الفلاني فانه لا يستاج إلى وسف، ولامشاهدة ، بل الواجب عليه حمله ، وايساله الى الموضع المذكوركيف انفق على وجه لا يتضرر به ، فيضمن مع الضرد .

وأما بالنسبة الى تعيين وقت السير ، فلاختلاف الناس في ذلك الوقت الموجب للجهالة ، فان كانت هناك عادة يبنى عليها في سلوك تلك الطريق وجب الرجوع اليها واكتفى بها الانصراف الاطلاق اليها ، وإلا وجب تعيين الوقت لما ذكرناه .

نعم يشكل التعيين اذا اختلف السير ولم يمكن التعيين اليهما كطرين الحج فان مقتنى تحقيق بيان السير عدم صحة الاستيجاد فيها ، الا أن يستقر العادة بسير مخصوص في تلك السنة ، بحسب ما يتاسبها عادة ، من السير ، ولهذا أنه منع في التذكرة من الاستيجاد في الطريق التي ليس لها مناذل مضبوطة ، اذا كانت مخوفة لايمكن ضبطها باختيارها ، والله سبحانه العالم .

الخامسة عشر: قد سرح جملة من الأصحاب بأن كلما يتوقف عليه توفية المنفعة فهو على الموجر كالقتب والسزمام والحزام والسرج أو البردعة في الدابة ،

ورفع المحمل، وشدالأحمال وحطها، والقائد والسابق إن شرطه مصاحبته، والمداد في الكتابة والخيوط في الخياطة وتحوذلك، وعلل بتوقف المنفعة الواجبة عليه بالعقد على ذلك فيجب من باب المقدمة، وقيل: ان الواجب على الموجر انما هوالعمل، لأن ذلك هو المقسود من اجارة العين، أما الأعيان فلا تدخل في مفهوم الاجارة على وجه يجب أداءها لأجلها إلا في مواضع نادرة، ثبتت على خلاف الأصل، كالرضاع، والاستحمام، والخيوط للخياطة، والصبغ للصباغة، والكش للتلقيح، وحينتذ فالأقوى الرجوع الى العرف، فان انتفى أو اضطرب فعلى المستأجر لما عرفت.

أقول: الظاهر هو التفصيل في المقام بأن يقال: ان بعض هذه الاشياء على الموجر بلااشكال ولاخلاف فيما أعلم، مثل عمارة الحيطان والسقوف والابواب ونحو ذلك، في اجارة المساكن، ومجرى المياه ونحو ذلك في اجارة الأرضين، والرحل والقتب ونحو ذلك مما تقدم في اجارة الدابة، وضابطه كلما جرت المادة للتوطئة به للركوب وبعضها على المستأجر بغيرخلاف بعرف، ولااشكال يوصف كالحجل لاستقاء الماء، والدلو والسبكرة، وبعض قد وقع الخلاف فيه كالمخيوط للخياطة، والمدادللكتابة، والصبغ للمساغة، والكش للتلقيح، وقد خزم في الشرايع عليه توفية المنفعة فعلى الموجر، ومثله في اللمعة بالتقريب المتقدم، حيث قالاكلما يتوقف المسئلة، ومثل له في النهاية من ماقدمنا ذكره في صدر المسئلة، ومثل له في الشرايع بالخيوط في الخياطة والمداد في الكتابة، وظاهر المسئلة والروضة الرجوع في ذلك الى العرف، فان انتفى أواضطرب فعلى المستأجر بالتقريب المتقدم، وجزم في الشرايع بدخول المفتاح في اجارة الدار معلّلاً له بأن الانتفاع يتم به، وهذا منه، بناء على ماقدمنا نقله عنه من الكلّية.

وفيه أن التعليل بتمامية الانتفاع لايتم كلّياً لأنه قد صرح سابقاً على هذا الكلام في الشرط الرابع بأنه يلزم موجر الدابة كلما يحتاج اليه في امكان الركوب من الرحل والقتب وآلته والحزام والزمام، قال: وفي رفع المحمل وشده تردد،

أظهره اللزوم، وحينتُذ فكيف يتم ماذكره هناكليا.

ويؤيده ماصر حوا به من أن المنقول لايدخل في اجارة التابت الامع العادة أو التبعية ، ولهذا قال في المسالك بناء على ما قدمنا نقله عنه : عن عدم العمل بالكلية المذكورة ، والأولى التعليل بأنه تابع للغلق المثبت ، بل هو كالجزء منه ، وهذا بخلاف مفتاح القفل ، فلايجب تسليمه ولاالقفل لانتفاء التبعية ، انتهى .

تسم انه قد صرح في المسالك بأنه يعتبر القائد والسائق مع العادة لهما ، أو لأحدهما، وكذا يجب اعانته على الركوب والنزول، اما برفعه انكان يمكنه ذلك وهو من أهله ، أو ببرك الجمل انكان عاجزاً أو قادراً ، ولكن لاتفتيني له العادة بذلك ، كالمرأة والشيخ الكبير والمريض ، ولوكان المستأجر قويا يتمكن من فعل ذلك بنفسه لم يجب اعانته ، كل ذلك مع اشتراط المستأجر على الأجير المصاحبة أو قضاء العادة بها ، أو كانت الاجارة للركوب في الذمة .

أما لوكانت مخصوصة بدابة معينة ليذهب بها حيث شاء ولم يقض العادة بذلك ، فجميع الأفعال على الراكب ، انتهى ولا بأس به والله سبحانه العالم .

السادسة عشر: لو أجر الدابة لدوران الدولاب افتقر الى مشاهدته، أو وصفه بما يرفع الجهالة، وكذا يشترط معرفة البئر بالمشاهدة أو الوصف ان أمكن، وكذا لابد من تقدير العمل بالزمان كيوم ونحوه، الاأن يستأجر على أن يملأ بركة معينة معلومة بالمشاهدة أو المساحة.

قالوا: ولا يكفى المشاهدة في سقى البستان عن تعيين الزمان ، لحصول الاختلاف بقرب عهده بالماء ، وعدمه ، وبرودة الهواء وحرداته ، ولو آجرالدابة لحرث جريب معلوم ، فانكانت الاجارة لحرث مدة كفى تعيين المدة وتقديرها ، ولا يعتبر معرفة الأرض ، ولكن لابد من تعيين الدابة المستعملة في الحرث اما بالمساهدة أو الوصف الرافع للجهالة ، والا فلابد من مشاهدة الأرض أو وصفها .

وعن التذكرة: الاعتبار بالمشاهدة ، ولم يكتف بالوصف محتجاً بأنها تختلف فبعضها صلب ، فيصعب حرثه على البقر ومستعملها وبعضها رخو يسهل ، وبعضها فيه حجارة يتعلق بها السكة ، ومثل هذا الاختلاف انما يعرف بالمشاهدة ، دون الوصف ، وأنت خبير بما فيه ، فان ما ذكره من هذه الأشياء انما تعرف بالوصف لا المشاهدة ، لأن المشاهدة انما تقمع على ظاهر الأرض ، وهذه الأشياء انما هي في باطنها والوصف آية عليها ، لأن المالك قد يطلع من باطنها على ما لا يظهر بالمشاهدة لظاهرها ، فيصفها بذلك .

وبالجملة فان ما ذكره من الاطلاع على هذه الأشياء لايظهر بالمشاهدة ، وإنما يظهر بالعمل والحرث في الأرض ، وهوفرع صحة الاجارة ، ويمكن التوسل الى ذلك باختبارها بالحفر في مواضع من الأرض على وجه يرفع الغرر .

السابعة عشر: إذا استأجر دابة للسير عليها فهنا أحكام ، منها : أنه لوأسرع في السير عليها زيادة على عادة أمثالها بحسب نوعها ووصفها في تملك الطريق ، أو ضربها زيادة على العادة ، أو كبحها باللجام من غير ضرورة ، ضمن ، لأن ذلك تعد باعتبار حمل الاطلاق على المعتاد ، وظاهر التذكرة على ما نقل عنها المنع من الضرب مطلقا ، حيث حكم بالضمان بالضرب مطلقاً محتجاً بان الأذن مشروط بالسلامة ، وفيه أن مقتضى الاجارة الوقوف على العادة ، وعدم حصول التعدى الا بتعديها ، والضرب المعتاد لا يستلزم ضماناً .

والمراد بكبح الدابة باللجام جذبها به ، لتقف عن السير ، قال في الصحاح : كسحت الدابة اذا جذبتها اليك باللجام ، لكي تقف ، ولا تجرى .

ومنها أنه لومات الدابة انفسخ العقد ، ان وقع على دابة معينة ، بخلاف مالو كان المستأجر عليه في الذمة ، بمعنى كون الاجارة مطلقة كالاستيجار على الركوب ، فائه يجب عليه ركابه على دابة غيرها الى تمام المقصد ، ولا تتعين المطلقة بالتعيين والتسليم بحيث يكون الركوب منحصراً فيها ، ولهذا يجوز

للمالك تبديلها.

والظاهر ان تعذر استيفاء المنفعة المشروطة على الوجه المتعادف لمرض أو ضعف أو نحو ذلك في معنى الموت أيضاً ، فينفسخ الاجادة في صورة التعيين ، ويحتمل الابدال خصوصاً مع التراضى ، والظاهر أيضاً أنه لاخصوصية للداية في الصورة المذكورة ، بل يجرى الحكم في الراكب والحمل المعين ، فينفسخ العقد بتلفهما ، ومنه تلف الصبى المرتضع في صورة الاستيجاد لارضاعه .

ومنها أن ظاهر كلام جملة من الأصحاب أنه لابد من تعيين الراكب إذا كان الاستيجار للسركوب بمشاهدت أو وصغه ، وعلل باختلاف الاغسراض في الراكب .

قال في التذكرة بعدان اشترط المعرفة بالمشاهدة ونقل عن بعض الشافعية الاكتفاء بالاوساف الرافعة للجهالة ما سورته: والأصل في ذلك أن نقول: إذا أمكن الوصف التام القائم مقام المشاهدة كفى ذكره عنها، والا فلا، ثم أن يجوز للمستأجر أن يركب غيره إذا كان الاستيجاد للركوب من غير تخصيص أحد بكونه هـو الراكب، الا أنهم سرحوا بأنه يشترط في الغير الذي له أن يركبه أن يكون مساوياً أو أخف، واو كان أثقل لم يجز الا بالاذن، والاكان ضامناً فيأثم ويضمن، وكذا في صورة التخصيص بأحد، لوخالف أثم وضمن.

أقول: الحكم بما ذكروه في صورة التخصيص ظاهر للمخالفة ، وأما في صورة الاطلاق فاشتراط ما ذكروه مشكل ، لصحيحة على بن جعفر (١) عن أخيه أبي المحسن الميلا « قال: سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاها غيره فنفقت ما عليه ؟ قال: ان كان اشترط أن لا ير كبها غيره ، فهو ضامن لها ، وان لسم يسم فليس عليه شيء ، فانه كما ترى ظاهرة في أنه مع الاطلاق يجوز له اركاب غيره مساوياً أو أخف أو أثقل ، فان ترك الاستفصال دليل العموم في المقام ، كما

⁽۱) الكافى ج ه ص ۲۹۱ ح ۷ ، التهذيب ج ۷ ص ۲۱۵ ح ۲۶ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۰۵ ح ۱ ۰

هو متغق عليه بينهم ، وهي أيضاً ظاهرة في عدم ما ذكروه من اشتراط المشاهدة أو الوصف في الراكب كما قدمنما نقله عنهم بالتفريب المذكور ، والظاهر جريان هذه الاحكام المذكورة في استيجار البيت للسكنى من اطلاق وتقييد ، وما يتفرع عليهما بتقريب ما تقدم .

ومنها أن الظاهر من كلام جملة من الأصحاب أنه يجب على المستأجرسقى الدابة وعلفها فلو أهمل ضمن ، بمعنى أن ذلك لازم لـه من ماله بدون الشرط من غير ان يرجع به على المالك .

وظاهر جملة منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك والمحقق الثاني في شرح القواعد وجوب ذلك على المالك الا مع الشرط ، لأن الأصل عدم الوجوب على غيره ، ثم ان كان حاضراً معه والا استأذنه في الانفاق ورجع عليه أو الحاكم مع تعذره ، حسب ما تقدم في الرهن والوديعة .

وظاهرهم الاتفاق مع عدم حضور المالك على وجوب قيام المستأجر بذلك، لوجوب حفظ الدابة من حيث كونها نفساً محترمة ، و وجوب حفظ مال الغير إذا كمان تحت يسده ، و إنما الخلاف في الرجوع على المالك بالتفسيل المتقدم وعدمه ، والمسئلة لايخلو من اشكال ، لعسدم دليل واضح من النصوص في هذه المجال ، وان كان القول الثاني لايخلو من رجحان لتأيده بالأصل ، ويمكن أن يستفاد ذلك من صحيحة أبي ولاد الآتية في المقام انشاء الله تعالى لقوله (١) المائل إني قد علفته بدراهم فلي عليه علفه ، فقال : المجال لا انك غاصبه ومفهومه أنه لولم يكن غاصباً فان له طلبه من المالك في الصورة المفروضة ، لأنه أنما نفي استحقاقه للمطالبة من حيث الغصب ، الا أنه لا يخلو من خدش أيضاً أقول : والظاهر أن الكلام في نفقة الأجير كذلك ، وسيأتي الكلام في ذلك أنشاء الله تعالى .

⁽۱) الكافي ج ه ص ۲۹۰ ح ۲ ، الوسائل ج ۱۳ ص ه ۲۵ ح ۱ .

ومنها ما إذا استأجر دابة واستوفي حقه منها وأمسكها بعد مضى المدة فهل الواجب عليه ردها وأنه مع امساكها وعدم ردها يكون ضامناً لها ولنفقتها، اوأنه لا يجب عليه السرد وانعا يبجب عليه رفسع اليد عنها إذا اراد صاحبها استرجاعها ؟ قولان : وقد مضى تحقيق الكلام في ذلك في الموضع الخامس من المطلب الأول من هذا الكتاب .

ومنها أنه إذا استأجر دابة الىموضع معين فتجاوز الى مازاد عليه فعليه أُجرة المثل في الزيادة ، وضمان العين ان تلفت ، والأرشان نقصت ، لأنه غاسب وليس لــه الرجوع بما أنفق عليها مدة الغصب ، ولــو اختلفا في القيمة فالقول قبول المالك مع يمينه ، أوبينته ، والأصل في هذه الاحكام ما رواه في الكافي في الصحيح عن أبي ولاد (١) ﴿ قال : اكتريت بغلاً الى فسر ابن حبيرة ذاهباً وجائيا بكذا وكذا ، وخرجت في طلب غريم ليفلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل ، فلما أتيت النيل خبرت أنه قد توجه الى بغداد ، فأتبعته فلما ظفرت به وفرغت مما بيني وبينه رجعت الى الكوفة ، وكان ذهابي ومبعييء خمسة عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذري وأردت أن أتحلل منه ما صنعت ، وأرضيه فبذلت لمه خمسة عشر درهماً فأبيرأن يقبل فترا ضينًا بأبي حنيفة ، فأخبرتـه بالقصة وأخبر. الرجل ، فقال لي : وما صنعت بالبغل؟ قلت : قد دفعته اليه سليماً ، قال : نعم بعد خمسة عشرة يوماً ، قال : فما تريد من الرجل قال : أريدكرى بغلى فقد حبسها خمسة عشريوماً ، فقال : لا أرى لكحقاً لأنه اكتراه إلىقسرابن هبيرة فخالف وركبه الىالنيل ، والى بغداد ، فضمن قيمة البغل ، وسقط الكرى ، فلما رد الرجل البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكرى ، قال : فخرجنا من عند وجعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته بما أفتى بــه أبـوحنيفه وأعطيته شيئًا وتحللت منه ، وحججت في تلك

⁽۱) الكافى ج ه ص ۲۹۰ ح. ٦، التهذيب ج ٧ ص ٢١٥ ح ٢٥، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٥ ح ١٠

السنة فأخبرت أباعبدالله عليه إله أفتىبه أبوحنيفة فقال : ليني مثل هذا الفضاء فما ترى أنت قال : أرى أن له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوف إلى النيل ، ومثل كرى البغل راكباً من النيل الى بغداد ، ومثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة ، توفيه اياه ، قال : فقلت جعلت فداك : قد علفته بدراهم ، فلي عليه علفه ؟ قال : لا ، لأنك غاصب ، فقلت : أرأيت لوعتب البغل أونفق أليس كان يلزمني ، قال : نعم قيمة البغل يوم خالفته ، قلت : فان أصاب البغل كسر أودبر أو غمز فقال : عليك قيمة ما بين السحيح والمعيب يوم ترده عليه ، قلت : فمن يعرف ذلك قال: أنت وهو ، إما أن يحلف هوعلى القيمة فتلزمك ، وان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة فيلزمك ذلك ، أو يأتي صاحب البغل بشهـود يشهدون أن قيمة البغل حين كرى كذا وكذا فيلزمك ، قلت : اني كنت أعطيته دراهم ورضي بها وحللني فقال : إنما رضي بها وحللك حين قضي عليه أبو حنيفة بالجور والظلم ، ولكن ارجع اليه وأخبره بما أفتيك بـه ، فان جعلك في حل بعد معرفته ، فلا شيء عليك بعد ذلك ، قال : أبو ولاد فلما انسرفت من وجهى ذلك لقيت المكاري وأخبر تــه بما أفتاني بــه أبو عبدالله عليه وقلت له : قــل ما شئت أعطيكه فقال : قــد حبَّبت اليُّ جعفر بن محمد الجالِج و وقع في قلــبي له التفضيل . وأنت في حل وان أحببت أن أرد عليك الذي أخذته منك فعلت ، .

أقول: مادل عليه الخبر من أن القول في القيمة مع التلف قول المالك بيمينه ، خارج عن مقتضى القواعد الشرعية ، لأنه مدع ، ووظيفته البينة ، ومع عدمها فالقول قول المستأجر بيمينة ، لأنه منكر ، ومن ثم اختلف الأصحاب هنا في ذلك ، فذهب في النهاية الى العمل بالخبر ، وجعل مقصوراً على مورده ، وهو الدابة ، وذهب ابن ادريس الى أن القول قول المستأجر لأنه منكر ، ولم يفرق بين الدابة وغيرها ، وتبعه المتأخرون كالفاضلين ونحوهما غيرهما ،

وأطرحوا الخبر من البين، والمسئلة لاتخلومن الاشكال، وان كان ما ذهباليه الشيخ لايخلو عن قسوة لصحة النجر، وصراحته، فيخصص بـــه عموم القاعـــدة المذكورة، كما خصصوها في مواضع عديدة.

وما تضمنه الخبر من أنه مع التلف يضمن قيمة البغل يموم خالفه يؤيد القول المشهور في المسئلة ، وهي ما إذا تعدى في العين المستأجرة فانــه يضمن قيمتها وقت العدوان ، تنزيلاله منزلة الغاصب ، فانــه يضمن ، قيمة المغصوب يوم الغصب .

وقيل ، انه يضمن أعلى القيم من حين العدوان إلى حين التلف.

وفيل: فيمتها يوم التلف، وما أفتى به أبوحنيفة في هذه المسئلة مبنى على مذهبه من أنه يملكها بالضمان، فيذهب الضمان بالأجر، وخالفه الشافعي ووافق الامامية، وانما حكم الميل في الخبر بأجرة المثل من الكوفة، لأنه لم يقطع من الطريق المستأجر عليها شيئًا، لأنه عدل عنها من قنطرة الكوفة الى النيل، فلايستحق من المسمى شيئًا، ولوكان قدقطع منها شيئًا أخذ من الأجرة بالنسبة.

وفى الخبر أيضاً دلالة على بطلان الصلح مع عدم تمكنه من أخذ حقة ، لأن حقه هنا ثابث شرعاً ولكن فتوى أبي حنيفة قدحال بينه وبين أخذه ، وهو مما لاخلاف فيه ولااشكال كما تقدم في كتاب الصلح ، والله سبحانه العالم .

الثامنة عشر: الظاهر أنه لاخلاف بين الأصحاب بل وغيرهم في جواذ اجارة الآدمي وانكان على كراهة بالنسبة الى اجارته نفسه ، وقد تقدمت الأخبار الدالة على ذلك في صدر هذا الكتاب ، ولا فرق بين الحر والمملوك ، ولا بين الذكر والأنشى ، وأنه متى كانت أنشى فالظاهر أنه يحسر على المستأجر منها جميع ما يحرم عليه قبل الاجارة ، الا أن السلامة في القواعد والمحقق الثانى في شرحه قد صرحا باستثناء النظر الى المملوكة باذن المولى ، واستشكل فيه بعض محققى متأخرى المتأخرين ، لعموم الدليل ، فانه ليس بعقد ولا تملك ، الا بعض محققى متأخرى المتأخرين ، لعموم الدليل ، فانه ليس بعقد ولا تملك ، الا بعض محققى متأخرى المتأخرين ، لعموم الدليل ، فانه ليس بعقد ولا تملك ، الا بعض محققى متأخرى المتأخرين ، لعموم الدليل ، فانه ليس بعقد ولا تملك ، الا

وبالجملة فان عقد الاجارة انما حلل الخدمة والعمل وأباحهما، وأما غيرهما مما هو محرم قبل الاجارة فانه يبقى على تحريمه واختلفوا في نفقة الأجير المستأجر للسعى في حوائج المستأجر فقيل: بأنها على الأجير وهو اختيار العلامة في التذكرة والقواعد وشيخنافي المسالك، وهوظاهر المحقق الاردبيلي أيضاً، وهو مذهب ابن ادريس، وعلل بأن العقد انما وقع على العمل باجرة معينة ولم يقتضى العقد سواها، فإدخال غيرها في مقتضى العقد المذكور يحتاج الى دليل، ولا دليل.

نعم لو كان ثمة عادة مستمرة أو قرينة صريحة أوشرط ذلك على المستأجر فلا اشكال في ذلك ، وقيل : بأنها على المستأجر الا أن يشترطها على الأجير ، وبه صرح في الشرايع والأرشاد وجماعة من الأصحاب أولهم النهاية وعلل باستحقاق المستأجر جميع منافعه المانع من النفقة ، لأنه متى كان زمانه مستوعباً بالعمل للمستأجر لم ببق له زمان يحصل فيه ما يحتاج اليه من النفقة ، ورد بأن استحقاق منافعه لا يمنع من وجوب النفقة في ماله الذي من جملته الأجرة .

واستدل أيضاً على ذلك بمارواه الكلينى والشيخ عن سليمان بنسالم (١) وقال : سألت أباالحسن الكليلا عن رجل استأجر رجلابنفقة ودراهم مسماة على أن يبعثه الى أرض ، فلما أن قدم أقبل رجل من أصحابه يدعوه إلى منزله الشهر والشهرين فيصيب عنده مايغنيه عن نفقة المستأجر ، فنظر الأجيرالي ماكان ينفق عليه في الشهر اذا هو لم يدعه فكافأه الذي يدعوه ، فمن مال من تلك المكافاة ؟ أمن مال الأجير أم من مال المستأجر ؟ فقال : انكان في مصلحة المستأجر فهو من ماله ، والآ فهو على الأجير ، وعن رجل استأجر رجلا بنفقة مسماة ، ولم يفسر شيئاً على أن يبعثه الى أرض أخرى فماكان من مؤنة الأجير من غسل الثياب أو الحمام فعلى من ؟ قال على المستاجر » .

ورده بعض محققي متأخرى المتأخرين بضعف السند، بالرادى المذكور، فانه

⁽۱) الكافىي ج ه ص ۲۸۷ ح ۲ ، التهذيب ج ۷ ص ۲۱۲ ح ۱۰ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۵۰۰ ح ۱ ۰

مهمل في كتاب الرجال ، وعدم الصراحة في المدعى ، قال : بل ربما حملت على الشرط ، قال في المسالك بعد ذكر القول بالوجوب على المستأجر والأقوى أنه كغيره لا يجب نفقته إلا مع الشرط ويمكن حمل الرواية مع سلامتها عليه .

اقـول: ولعـل وجهه أن الاستيجار بالنفقة في قوة شرطها على المستأجر وكيف كان فالرواية المذكورة لما فيه من الاجمال والتدافع فما اشتملت عليه من المقال لايخـلو الاعتماد عليها من الاشكال.

وبيان ذلك أن مفتضى قوله في السؤال الأول، وكذا في الثاني استأحر. بنفقته أن ما ينفقه في تلك المدة انما هو من ذلك المبلغ الذي وقع الاستيجار به وجعله المستأجر نفقة له ، فلا يستحق الرجوع به لأنه في معنى المشروط على المستأجر ، فيكون من مال المستأجر، ومقتضى قوله في السؤال الأول انكان في مصلحة المستأجر فهو من ماله ، هو أن النفقة على المستأجر بمعنى أنه يرجع بها الأجير على المستأجر ، لأن حاصل معنى الكلام المذكور أن الأجسر سد أن أضافه ذلك الرجل الذي من أصحابه أراد أن يكافيه ، فنظر الى ما ينفقه على نفسه في تلك المدة لولم يضفه ، فدفعه إلىذلك الرجل مكافاة " له ، والامام الطِّللِّا حكمبأنه انكان جلوسه في الضيافة لمصلحة المستاجر فمادفعه مكافاة على المستأجر يرجع به عليه ، والأ فهو على الأجير ، بمعنى أنه لايرجع به ، وهو وانكان ظاهراً فيما أدعاه المستدل بالرواية ، إلا أنه ينافيه ما تقدم في صدر الخبر من أنه استأجره بنفقة ودراهم ، فان الظاهرأن المعنى فيه أنه استأجره بشيء ينفقه على نفسه ، ودراهم في مقابـلة السعى في عمله ، وتحصيل غرضه ، و مقتضاه أنه لابرجع بما أنفقه سواء أكله أو أعطاه مكافاة أو غيرها ، على أن تلك المكافاة انما كانت تبرعاً من الأجير فهو من ماله ، وهذه منافاة أخرى ، وظاهر الخبر أيضاً اشتمل على مالايقوله الأصحاب من الاجمال في النفقه المستأجر بها ، فانهم يوجبون التعيين لرفع الجهالة ، ودفع الغرر . قال في التذكرة والقواعد لايجوز الاستيجار بنفقته وطعامه مالم يعين .

وقال في التذكرة: ولا يجوز الطال من الخبز لعدم جواز السلم عندنا فيه، فلا تجوز بالاجارة، وقال في موضع آخر: اذا استأجر في موضع أجيراً بطعامه و كسوته فان قدرا ذلك وعلماه صح العقد وان لم يقدراه بطل العقد الى أن قال ولا فرق بين أن يستأجره بالنفقة والكسوة وبين أن يجعلهما جزء من الأجرة واذا استأجره بهما صح اجماعاً ووصفهما كما يوصف في السلم وان لم يشترط طعاماً ولا كسوة فنفقته و كسوته على نفسه، انتهى .

وبالجملة فالموافق لقواعدهم هـو وجوب التعيين لدفـــع الجهالة والغرر اللّذين يوجبون الاحتراز عنهما في العقود .

بقى الكلام في السؤال الثانى « فان حملت النفقة » وانكان خلاف ظاهر الخبر على ما يدخل فيه أجرة غسل الثياب والحمام و وحوذلك مما يحتاج اليه الانسان غالباً ، فينبغى حمل قوله على المستأجر على معنى أنها من النفقة التى استوجر بها ، والا فلامعنى لكونها على المستأجر يرجع بها الأجير عليه ، مع كونه استأجره بها ، وان حملت على أن المسراد بها ما عدا ذلك من المأكل والملبس و وحوهما ، وهو الظاهر من سياق الخبر ، فظاهر كون تلك الاشياء على المستأجر هوأن الأجير يرجع بها على المستأجر ، لعدم دخولها فيما استوجر به وهو النفقة .

وفيه دلالة على أنه لولم ستأجره بالنفقة بل بأجرة في الجملة ولم يشترط النفقة عليه ، فانه يرجع بالنفقة كما أدعاه المستدل بالخبر ، لأنه اذاكان له الرجوع بمثل أجرة غسل الثياب والحمام فله الرجوع بما يحتاج اليه في الأكل واللبس بطريق أولى لانها اضرّالبتة ، وجنا إنما امتنع الرجوع بها منحيث أنه استوجر بها فمع عدم الاستيجاد بها وعدم شرطها على المسؤجر يرجع بها على المستأجر ، وحينئذ يمكن أن يجعل ذلك لموضع الاستدلال بالخبر المدذكور ، والله سيحانه العالم .

التاسعة عشر: صرح بعض الأصحاب بأنه لواستأجره لعمل من الأعمال كالكتابة والخياطة ونحوهما من الأعمال التي يختلف فيهما العمال بالجودة والحسن وعدمهما والسرعة والبطؤ ونحوهما ، فانه لايصح جعل الاجارة مطلقة بأن يكون فيالذمة ، بمعنى تحصيل العمل بمن العالم من الاختلاف الكثير بين العمال فيما ذكرناه ، فيتجهل العمل ويحصل الغرر ، بل يجب تعيين العامل سواء كان هوالموجر أوغيره ، اذا امكن حصول النفقة منه ، للانضباط بذلك وارتفاع الغرر ، وكذا يجب تعيين الصابيع اذا استأجره مدة ، بمعنى أن يعمل له هذا العمل في مدة محدودة بلا زيادة ولانقيصة ، لانه مع الاطلاق وتفاوت العمال في السرعة والبطؤ واختلافهم في ذلك كثيراً يحصل الغرر أيضا ، وبتعيين العامل ومعرفة ما هوعليه من السرع والبطؤ في عمله يزول ذلك .

ولو استأجره غلى علم معين كنسخ هذا الكتاب المعين وخياطة هذا الثوب المخصوص، فانه من حيث كون المانع ما ذكرنا أولا هو اختلاف السناع في السرعة والبطؤ الموجب للزيادة في العمل والنقيصة، فان الظاهرأنه تصح الاجارة في هذه الصورة المغروضة، لأن هذا الاختلاف غيرقادح هنا، فان الغرض حصول هذا العمل المعين، أما من حيث كون المانع هو تفاوتهم في الصنعة وبالجودة، والردائة، فانه لا يصح هنا بل لابد من تعيين الصانع ليرتفع هذا الغرر.

قال في المسئلة بعد ذكر المصنف أصل المسئلة : وهذه المسئلة قلمن تعرض لها غير المصنف ، نعم ذكرها الشافعي في كتبهم .

أقول: قدعرفت آنفا أن اكثرهذه التعريفات في الكتب المتقدمة والآتية وان وقعت من الشبخ والمرتضى والعلامة وغيرهم ، الا أنها كلها ماخوذة من كتب العامة أخذوا منها ما استحسنوه ، وكتب متقدمي أصحابنا انما اشتملت على مجرد نقل الاخبار كما لا يخفي على من جاس خلال تلك الديار ، والله سبحانه العالم .

العشرون : قالوا إذا استأجره على حفر بئر فلابد من تعيين الأرض وقدر نزول البئر وسعتها وهل المراد بالتعيين المشاهدة أو ما هو أعم ، فيشمل الوصف الرافع للجهالة ، احتمالان : وقد ذكروا في استيجار الأرض للحرث نحو ذلك ، وبعضهم ذكر هنا المشاهدة بخصوصها مع ذكره التعيين بقول مطلق في الارض ، وبعضهم عكس .

وكيف كان فائمه لايخفى أن المشاهدة إنما تأتي على ظاهر الأرض دون الباطن وارتفاع الجهالة باعتبار معرفة صلابة ظاهر الأرض ورخاوتها لايغنى عما يتجدد بعد الحفرمن الزيادة على ذلك ، والنقيصة مما لايمكن معرفته الا بالعمل .

ويه يظهر أن الوصف أضبط من المشاهدة إذا أمكن اطلاع المستأجر على الباطن بكثرة الممارسة ، قالوا : ولوأنهارت أوبعضها لم يلزم الأجير ازالة ذلك، بل ذلك على المالك ، لأن الأجير قد أتى بما استوجر عليه ، وامتثل ما تضنه العقد ، ولا يكلف بما زاد عليه ولوحفر بعض البئر ثم تعذر حفر الباقى لسلابة الأرض أو مرض الاجير أونحو ذلك ، فالمشهور أن له من الإجرة المسماة في العقد بنسبة ما عمل الى المجموع ، فيستحق من الأجرة المسماة بتلك النسبة ، وطريق معرفة ذلك أن يقوم جميع العمل المستأجر عليه ، ويقوم ما عمله منفردا ، وينسب الى المجموع فينسب أجرة مثل ماعمل الى أجرة مثل المجموع ، ويستحق وينسب الى المجموع ، ويستحق من الأجير من المسمى بتلك النسبة .

الا أنه روى في الكافي والتهذيب عن أبى شعيب المحاملي عن الرفاعي(١) د قال : سألت أبا عبدالله المليلا عن رجل قبل رجلاً يحفرله بئرا عشرقامات بعشرة دراهم ، فحفرله قامة ثم عجز ، قال : يقسم عشرة على خمسة وخمسين جزء فما أصاب واحداً فهو للقامة الأولى ، والاثنين للثانية ، والثلاثة للثالثة ، وعلى هذا

⁽۱) الكانى ج ٧ ص ٤٣٣ ح ٢٢ ، المهذيب ج ٢ ص ٢٨٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٨٤ ح ٢ ،

الحساب الى العشرة ، ورواه في الكافي بطريق آخر عن أبي شعيب عن الرفاعي (١) • قال : سألت أبا عبدالله المله المله عن رجل قبل رجلاً يحفر بئراً عشر قامات بعشرة دراهم فحفر قامة ، ثم عجز فقال : جهزء من خمسة وخمسين جهزء من العشرة دراهم » .

و الظاهر أن مبنى هذه الرواية على تزايد الصعوبة في الأرض ، فكل قامة تزلت أصعب عما فوقها فلهذا جعل الجالج لكل واحدة ذيادة على ما فوقها بجزء ، فأمر بقسمة العشرة دراهم على خمسه وخمسين جزء ، فللقامة الأولى جزء ، وللثانية جرزأن ، وللثالثة ثلاثة ، وللرابعة أربعة ، وللخامسة خمسة ، وللسادسة سية ، وللسابعة سبعة ، وللثامنة ثمانية ، وللتاسعة تسبعة ، وللعاشرة عشرة ، وإذا ضممت هذه الأجزاء الموزع عليها بعضها إلى بعض وجدتها خمسة وخمسين ، بلا زيادة ولا نقصان .

والظاهر أن الأصحاب إنما أعرضوا عن هذه الرواية من حيث ابتنائها على هذا الأمر الخاص مع أنها حكم في واقعة معينة ، فلا يتعدى ، ولهذا ان الشيخ في النهابة اقتصر على نقل الرواية ولم يذكرها بطريق الفتوى ، كما هي قاعدته في الكتاب المذكور ، فلا يتعين كون ذلك قولًا في المسئلة كما يفهم من عبارة الشرايع ، حيث قال : وفي المسئلة قول آخر مستند إلى رواية مهجورة .

وفي المبسوط قد وافق الأصحاب فيما أفتوا به هنا ، فقال : فان لم يمكن حفره ، انفسخ العقد فيما بقى ولا ينفسخ فيما حفر على الصحيح من الاقوال ، ويقسط المسمى على أجرة المثل ، لأن الحفر يختلف ، فحفر ما أقرب من الأرض أسهل ، لأنه يخرج التراب من قرب ، وحفر ما هو أبعد أصعب ، فان كان أجرة المثل على ما بقي عشرة وفيما حفر خمسة أخذ ثلث المسمى ، وقد روى أصحابنا في مثل هذا مقدار ما ذكرناه في النهاية .

⁽١) الكافى ج ٧ ص ٢٢٤ ح ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٤ ح ١ .

وقال ابن ادريس: الأولى ما ذكره الشيخ فـي المبسوط وهـو المعتمد، وتحمل الروايـة علىما إذاكانت الاجارة في ذلك الوقت فتفسط كذلك، والله سيحانه العالم.

الحادية والعشرون: في الاستيجار للارضاع والكلام فيها يقع في مواضع: الأول: الظاهراً نه لاخلاف في جواز استيجار المرأة للرضاع مدة معينة باذن الزوج، وإنما الخلاف فيما لوكان بغير اذنه، فقيل: بالجواز، والظاهر أنه هو المشهور وذهب في المبسوط والخلاف الى العدم، قال: لأنه لادليل على صحتها ولأن المرأة معقود على منافعها لزوجها بعقد النكاح، فلا يجوزلها أن تعقد لغير، فيخل ذلك بحقوق زوجها، وتبعه ابن ادريس وجماعة.

والظاهر أن القول الأول أقوى ، لأنها عاقلة مالكة لمنا فيها من رضاع وغيره ، وعموم أدلة الوفاء بالعقود كتاباً وسنة شامل لها ، نعم متى نافى ذلك شيئاً من حقوق الزوج المواجبة عليها امتنع ذلك بلا اشكال ، للمنافاة وسبق حقه ، وب يظهر ما فى تعليله الثانى من قوله لأن المرأة معقود على منافيها ، فانه على اطلاقه ممنوع ، إذ الزوج لايملك سوى منافع الاستمتاع ، كذا ما في تعليله الأول من عدم الدليل ، فان الدليل كما سمعت ظاهر فى المدعى ، وتخصيصه يحتاج الى دليل ، وغاية ما ثبت من الدليل الدال على التخصيص ما إذا أوجب ذلك الاخلال بحقوق الزوج الواجبة عليها .

ثم انه لووقعت الأجارة على الوجه المذكور ، ومنع ذلك شيئا من حقوقه، فهل يحكم ببطلان العقد أن الزوج يتسلط على الفسخ ؟ قولان : وبالأول صرح العلامة في القواعد ، والثاني اختياره في المسالك ، وهو الأوفق بقواعد الأصحاب، ولوسبق الاستيجاد للرضاع على النكاح ، فلا اعتراض للزوج ، لاستحقاق منفعة الرضاع ، وملكها قبل عقده بها ، وله الاستمتاع بما فضل عن ذلك ، فلو تضرر الصبي بترك الرضاع باستمتاع الزوج كان للولى منع الزوج لما عرفت من تقدم الصبي بترك الرضاع باستمتاع الزوج كان للولى منع الزوج لما عرفت من تقدم حقه ، أما مع عدم التضرر فلا .

وهكذا الكلام فيما لو استأجر السيد أمته للارضاع، ثمم زوجها قالوا: وكل موضع يمنع فيه الزرج من الاستمتاع لأجل الرضاع، فانه تسقط النفقة عنه في تلك المدة، لعدم التمكين التام.

الثانى: هل يشترط ذكر الموضع الذي يقع فيه الارضاع؟ قيل: نعم، وتردد فيه في الشرايع، وعللوا الاشتراط بأن مواضع الارضاع تختلف بالسهولة والصعوبة، والنفع، فإن بيت المرضعة أسهل عليها، وبيت المولى أوثمة له، وأنت خبير بما في هذه التعليلات من عدم صلاحيتها لتأسيس الاحكام الشرعية كما عرفت فيما تقدم، و وجه التردد من حيث ما ذكروا من أن الاصل عدم الاشتراط، قال في المسالك: والاقوى الاشتراط، ولا يخفى ما فيه، والتمسك بالأصل أقوى مستمسك حتى يقوم دليل على الخروج عنه، والخروج عنه بهذه التعليلات مجازفة ظاهرة، سيما مع ما عهد من ادتضاع النبي (صلى الشعليه وآله وسلم) واطلاق الأخبار الواردة باستيجار الظئير.

الثالث: قد صرح الاصحاب بأنه لابد في صحة عقد الاجارة على الارضاع من مشاهدة السبى المرتضع، قيل: ويكفى الوصف أيضاً وزاد اخرون اشتراط مشاهدة المرضعة.

والظاهرأن الجميع تقييد للنصوص من غير دليل ، وكأنهم بنوا في ذلك بالنسبة الى الصبي على اختلاف كثرة ما يشرب و قلته بالنسبة الى صغره وكبره ، وبالنسبة الى المرضعة الى اختلاف النساء في الصفات المأمو ربها ، والمنهى عنها في الأخبار من الوضائة ، والحسن ، والرعونة ، والحماقة ، والقبع ، ونحو ذلك ، مما قيل بتأثيره في الولد ، وهو وان كان كذلك ، الا أن اطلاق أخبار الاسترضاع يدفعه .

الرابع: منع في المبسوط من جواز أن يستأجر الرجل زوجته لارضاع ولده وجوز ذلك بعد البينونة لأنها أخذت عنوضاً منه في مقابلة الاستمتاع، وسوغه المرتضى وابن ادريس وعوضاً آخر في مقابلة التمكين من الاستمتاع، وسوغه المرتضى وابن ادريس

قال في المختلف: وهو المعتمد، لنا الأصل الجواز، وقـوله تعالى(١) د وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن الاية وهو عام والعوض المأخوذ ليس في مقابلة التمكين، بل في مقابلة الارضاع، وسواء منع شيئًا من حقوقه ام لا، لأنه رضى بذلك، وقد تقدم جوازه مع الرضا، انتهى.

أقول: ويؤيده أن الرضاع غير واجب على الأم، كما صرحوابه ودل عليه النصوص أيضاً، والزوج لايملك منها، سوى منافع الاستمتاع، فتكون فيما سوى ذلك كالأجنبية فالرضاعها له مع عدم التبرع بهموجب للأجرة، كالأجنبية، ويدل عليه قوله عزوجل (٢) • فان ارضعن لكم فآتوهن أجورهن ومادواه في الكافي والفقيه (٣) • قال: سئل أبو عبدالله عليه على دضاع الولد وتجبر أم الولد، وتحقيق الكلام في ذلك يأتي في محله اللابق به انشاء الله تعالى.

الخامس: قال في المبسوط: لو استأجر ظئراً للارضاع لم يلزمها غيره، وان شرط في العقد الحضانة مع الرضاع لزمها الأمران، فترضع المولود وتراعى أحواله في تربيته وخدمته، وغسل ثيابه وخرقه وغيرها من أحواله.

وقال ابن الجنيد ، واذا شورطت على الرضاع فقط لم يكن عليها غير ذلك إلا أن يكون قد اشترط دفع الصبى اليها أي الى منزلها ، فيكون عليها تخريجه وغسل ثيابه وما لابد للصبى منه ، إلا أن تشترط هى لذلك أجرة على وليه .

قال في المختلف بعد نقسل ذلك : وتفسيل ابن الجنيد جيد ، إذ الظاهر والعرف يقضى أن الصبى اذا كان في منزلها اضطر الى الحضانة ، وكانت لازمة لها انتهسى .

⁽١) سورة البقرة ــ الآية ٢٣٣ .

⁽٢) سورة الطلاق ـ الآية ٦

⁽۳) الفقيه ج ٣ ص ٣٠٨ ح ٢٤ ، التهذيب ج ٦ ص ٤٠ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٥ ح ١٠

السادى: لا اشكال في بطلان الاجارة بموت الصبى المرتضع لقوات ما تعلق المقد باستيفاء المنفعة له ، وأما موت المرضعة فيبنى على الاستيجار لها من التعيين والاطلاق فان كان الاستيجار بعينها وخصوصها فلا اشكال في البطلان ، وعليه يحمل اطلاق من أطلق البطلان بموتها ، والحكم في موتها والحال كذلك كالدابة المستأجرة للركوب ، وان كان الاستيجار في الذمة بمعنى أن عليها تحصيل هذا العمل بنفسها أو غيرها ، فالظاهر بقاء الاجارة كما في نظائر هذا القسم من الاجارات المتعلقة بالذمة ، وحينتذ فيؤخذ ما يقوم به من تركتها لأنها صارت مشعولة الذمة بذلك ، كساير الديون المتعلقة بالذمة ، فانها بعدفوات الذمة ينتقل الى المال ، ويتعلق به كما صرحوا به فيؤخذ أجرة المثل لما بقسى من المدة من أصل مالها ، ويدفم الى ولى الطفل .

واحتمل بعض الأصحاب وجوب استيجار ولينها على الارضاع من مالها ، قال : لأن الواجب في ذمتها هـو الارضاع ولم يتعذر ، وإلا لانفسخت الاجارة ، وأما موت الأب فيبنى على الخلاف المتقدم في بطلان الاجارة بموت المستأجر وعدمه ، وقد تقدم أن الأظهر العدم .

والعجب من ابن ادريس حيث أنه ممن اختار القول بعدم بطلان الاجارة بموت المستأجر ، وحكم هنا ببطلان الاجارة بموت أب المرتضع محتجاً بالاجماع على أن موت المستأجر يبطلها ، والمسئلة في الموضعين واحدة ، وانما هذه من جزئيات تلك المسئلة فما ذكره تحكم محض ، وتناقض صرف ، نعم ذكر بعض محققى الأصحاب أنه لو كان الولد معسراً واستأجر الأب عليه بمال في ذمته أو في ذمة الأب ولم يخلف الأب تركة ، توجه جواز فسخها ، لا أنها تبطل بذلك وهوجد.

السابع: قال الشيخ: اذا استأجر الظئر للارضاع بالنفقة والكسوة صح مع علم المقدار بالنفقة والكسوة، وكذا قال ابن ادريس، وقال في المختلف بعد

نقل ذلك : وهو جيد ، لأن الجهالة في أحد العوضين مبطلة ، وكذا لو استأجر أجيراً بطعامه ، ثم نقل عن ابن الجنيد أنه قال لابأس باستيجار الانسان بطعامه وكسوته ، كالظئر والغلام وان لم يسم قدر اللبن من الظئر ، ولا قدر الطعام للأجير ، ثم قال العلامة : أما قدر اللبن فجيد ، لأن ذلك مجهول لايمكن ضبطه وأما طعام الأجير فممنوع ، انتهى .

أقول: ويمكن الاستدلال لابن الجنيد برواية سليمان بن سالم (١) المتقدمة في المسئلة الثامنة عشرة لدلالتها على جواز الاستيجار بالنفقة من غير تعيين كما تضمنه السؤال الاول والثاني منها، ويكون حكم النفقة مستثنى من قاعدتهم المذكورة ان ثبتت، سيما مع ما عرفت مما قدمناه في غير موضع من انخرام هذه القواعد المشهورة بينهم بالأخبار، وان كانوا تارة يردون الأخبار في مقابلتها، وتارة يرتكبون تخصيصها بها، والله سبحانه العالم.

الثامن: قد عرفت من تعريف الاجارة كما قدمنا ذكره في صدر الكتاب _ أنها عقد ثمر تمه تمليك المنفعة بعوض معلوم، أو تمليك المنفعة بعوض ، _ أن الاجارة واستحقاق الأجرة إنما تقع على المنافع ، لا الأعيان ، وحينئذ فيكون اجارة المرأة للارضاع خارجة عن قاعدة الاجارة ومستثناة بالنص ، آية ورواية ، لقوله عز وجل (٢) و فان أرضعن لكم قآتوهن أجورهن ، والنصوص الواردة بذلك ، وهي كثيرة تأتي انشاء الله تعالى في محلها اللايدق بها من كتاب النكاح ، فان متعلق الاجارة والذي استحقت المرأة به الأجرة هنا هواللبن ، وهوعين تالفة بالارضاع ، فيكون المعاوضة عليه خارجة عن قانون الاجارة ، قالوا : ومثل ذلك الاستيجار للصبغ ، واستيجار البئر للأستسقاء منها ، فان المستوفي في الجميع إنما الاستيجار للصبغ ، وبعضهم تكلف للتفصى عن ذلك بالنسبة الى الارضاع أن المنفعة

⁽۱) الكافى ج ٥ ص ٢٨٧ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٠ ح ١٠

⁽٢) سورة الطلاق ــ الاية ٦ .

التي تعلقت بها الاجارة هي حملها للولد و وضعه في حجرها ووضع الثدي في فمه ونحو ذلك ، لانفس اللبن .

ولا يتخفى ما فيه من البعد والتكلف السخيف ، فانه لا يتخفى أن الغرض الذاتى والمطلب الأصلى من الاستيجار إنما هو اللبن ، وهذه الأشياء إنما هي تابعة ، أو متدمات لذلك ، فالأظهر أن يقال : ان هذه المواضع المذكورة مستثناة بالنصوص من قانون الاجارة ، وكم مثل ذلك في الاحكام ، هذا ان ثبت كون ما ادعوه قانو نأ كلياً وقاعدة مطردة ، مع أنالم نقف لمه على دليل أزيد من ورود النصوص في أفراد الاجارات بذلك ، وهو لا يستلزم الحصر فيما ورد ، الامع عدم وجود نص بخلافه ، فانه يمكن ادعاء ذلك قاعدة كلية ، على نحو القواعد النحويم المبنية على تتبع كلام العرب، وهذه القاعدة ان ثبتت هنا ، فهي من هذا القبيل ، وإلا فانى لم أقف على خبر يدل على أن القاعدة في الاجارة ما ادعوه ، والله سبحانه العالم .

الثانية والعشرون: اختلف الاصحاب في جواز اجارة الدراهم والدنانير، فقال في المختلف والقواعد والمبسوط: بالجواز، قال للانتفاع بها مع بقاء عينها، مثل أن ينثرها ويسترجعها أو يضعها بين يديه فيتجمل بها وغير ذلك، وقال ابن ارديس: يصح لأنه لامانع منه، ثم قال: والذي يقوى في نفى بعد هذا جميعه أنه لا يجوز، اجارتها، لأنه في العرف المعهود لا منفعة لها الا باذهاب أعيانها، ولأنه لا يصح وقفها، نعم تصح اجارة المساغ منهما، وقال في موضع آخر: لاخلاف في أنه لا يجوز وقفها، لأن الوقف لا يصح الا في الاعيان التي يصح الانتفاع بها مع بقاء عينها، فاذاجاز اجارتها جاز وقفها، وهو لا يجوز، ولأن من غصب مائة دينار وبقيت في يده سنة لم يلزمه الحاكم بأجرة، واعترضه في المختلف بالمنع عن الملازمة بين الوقف والاجارة، فان الوقف يصح اجارته، ولا يصح وقفه، نعم كلما يصح اعارته يصح اجارته، والمنع من عدم الزام الغاصب بالأجرة، ثمم قال والتحقيق أن نقول ان كان لها منفعة مقصودة

حكمية صحت اجارتها ، وإلا فلا ، انتهي .

وفيه أن ظاهرمنعه من عدم الزام الغاصب بالأجرة هوأن لها منفعة فيجب عليه الأجرة في مقابلة المنفعة التي فوتها على المالك ، مع أن ظاهر كلامه التوقف، حيث رتب الجواذ على وجود المنفعة وعدمه ، ولم يحكم بشيء من الأمريسن وقد صرح بالاستشكال في بعض كتبه ، وجزم بالجواز في بعض ، وظاهر الشرايع أيضاً التردد في ذلك ، حيث عبربما عبربه في المختلف ، وشيخنا في المسالك حيث اختار جواز اجارتها ، وعد لها منافع تترتب علىذلك ، كما ستقف عليه انشاءالله تعالى وحمل تردده على الشك في الاعتداد بتلك المنافع وعدمه ، قال (رحمة الله عليه) : لما كان شرط العـين الموجرة امكان الانتفاع بها مع بقاء عينها ، وكان الغرض الذاتي من هذين النقدين لايتم إلا بذهابهما وربما فرض لهما منافع مع بقاء عينهما ، بان يتزين بهما ، ويتجمل ويدفع عن نفسه ظاهر الفقر والفاقة ، فان دفع ذلك غـرض مطلوب شرعاً ، حتى كان الائمة عَلَيْ يقترضون أموالا ويظهرونها للناس ، أو يدفعونها إلى عمال الصدقة مظهرين أنها زكاة أموالهم ، ليظهر بذلك غناهم ، ومن جملة الاغراض المقصودة بها أيضاً نشرها في الاعراس ثم تجمع ، والضرب على سكتها ونحو ذلك فكان القول بجواز اجارتها قدوياً ، وربما أشعر كلام المصنف بالتردد في إن هذه المنافع ، هل يعتدبها وتقوم بالمال على وجه تجوز الاجارة أملاً ، لتعليقه الجواز على شرط تحقق المنفعة مع أنها مشهورة ، و ماذاك إلا للشك في الاكتفاء فيه بها ، انتهى .

أقدول: وبدل على ما ذكره من اظهار التجمل بذلك ، والقرض لذلك وفعلهم عَلَيْمِ ذلك بعلة من الأجبار، ومنها مارواه في الكافي عن عبد الا على مولا آلسام (١) • قال: قلت لأبي عبدالله الله الناس يروون أن لك مالاكثيرا، فقال: ما يسؤني ، ذلك ، ان أمر المؤمنين المنه مرذات يدوم على ناس شتى من

⁽١) الكافي ج ٦ ص ٣٩٤ ح ٨ ، الوسائل ج ٣ ص ٣٤٣ ح ٣ ٠

قريش ، و عليه قميص مخر ق ، فقالوا : أصبح على على المال له فسمعها أميرالمؤمنين المالح فأمر الذي يلى صدفته أن يجمع تمره ، ولا يبعث الى انسان شيئاً وأن يوفره ثم قال له : بعه الأول فالأول واجعلها دراهم ، ثم اجعلها حيث تبعل التمر فاكبسه معه حيث لايرى ، وقال للذى يقوم عليه : إذا دعوت بالتمر فاصعد وانظر المال فاضربه برجلك كأنك لاتعمد الدراهم حتى تنشرها ثم بعث السى رجل منهم يدعوهم شم دعى بالتمر فلما صعد ينزل بالتمر ضرب برجله فاتشرت الدراهم ، فقالوا : ما هذايا أباالحسن ؟ فقال : هذا مال من لامال له ، ثم امر بذلك المال فقال : انظروا أهل كل بيت كنت أبعث اليهم فانظروا ماله ، وابعثوا اليه ، ، فروى في حديث آخر (١) مثله وفيه أن القائل كان طلحة والزبير، وروى في الكتاب المذكور أيضاً عن أبي بصير (٢) عن أبي عبدالله المحل بالمدينة قالوا : ان اناساً بالمدينة قالوا : ليس للحسن المحلى المحدن الحسن المحلى المدينة مالنا : فقالوا : هذه صدقة مالنا : فقالوا : فاستقرض منه ألف درهم فأرسل بها الى المصدق ، فقال : هذه صدقة مالنا : فقالوا : من الحسن بهذه من تلقاء نفسه إلا وله مال .

وروى فيه عن عبد الاعلى (٣) مولى آلسام «قال: ان على بن الحسين الكلا اشتدت حاله حتى تحدث بذلك أهل للدينة ، فبلغه ذلك فتعين ألف درهم نسم بعث بها الى صاحب المدينة ، وقال ، هذه صدقة مالى».

وبذلك يظهر قوة ماقواه ، لانه متى كان اظهاد الغنى بين الناس مستحباً كما دلت عليه هذه الأخبار حتى أنهم كالله كانوا يقترضون لذلك فاستيجاد الدراهم والدنانير لذلك مستحب ، والمنفعة ظاهرة ، بل مندوب اليها ، والظاهر أن تردد من تسردد ممن قدمنا ذكره ، إنما هو لعدم حضور ماذكس ببالهم ، لا لعلمهم بذلك ، وإنما حصل لهم الشك في أنسه هل يعتد بهسنده المنافع أم لا ؟

⁽۱) و (۲) الكافسي ج ٦ ص ٤٤٠ ح ١١ و ١٦ ، الوسائل ج ٣ ص ٣٤٣ ح ٢ و ص ٣٤٢ ح ١ ٠

⁽٣) الكافي ج ٢ ص ٤٤٠ ت ١٦ ، الوسائل ج ٣ ص ٣٤٣ ح ٤ .

ثم انه على تقدير القول بجواز اجارتها ، فهل يشترط تعيين جهة الانتفاع بها أملا ؟ قولان : وبالأول قال في الخلاف والمبسوط ، وبالثاني قال : ابن ادريس ، وهوظاهن جلة مين تأخر عنه .

قال في المخلاف والمبسوط: اذا استأجر دراهم أو دنانير وعين وجه الانتفاع بهاكان على ما شرط، وصحت الاجارة، وان لم يعين بطلت الاجارة، وكانت قرضاً لأن العادة في دنانير الغير ودراهمه أن لا ينتفع بها إلا على وجه الفرض، واذا أطاق الانتفاع رجع الاطلاق على ما يقتضيه العرف.

وقال ابن ادريس: لوقلنا أنه تصح الاجارة سواء عين جهة الانتفاع أو لم يعين كان قويا، ولايكون قرضاً لأنه استأجرهامنه، ومن المعلوم أن العين المستأجرة لا يجوز التصرف باذهاب عينها، بل في منافعها فيحمل الاطلاق على المعهود الشرعي، ثـم قال، والذي يقوى في نفسي بعد هذا كلّه بطلان اجارتها.

وأجاب في المختلف عن كلام ابن ادريس انتصاراً للشيخ بأن الشيخ عول على العرف وقد ثبت في العرف الشرعي انسر اف الاجارة الى الأعيان فيما الغالب فيه تناولها دون المنافع، كاستيجار المس ضعة، والشاة المحلب، وأجرة الحمام، وكذاهنا، لما كانت المنفعة المقصودة الانتفاع بأعيانها كانت الاجارة قاضية، بجواز اتلافها وحيننذ تصير قرضاً بالاتلاف، وبعد هذا فالوجه على تقدير صحة الاجارة، عدم جواز الاتلاف كغيرها من الاعيان.

أقول: لا يتخفى مافى جواب العلامة من تطرق النظر اليه ، وأن الحق انما هو ما ذكره ابن ادريس، وذلك لأن الاجارة نصاً وفتوى انما تنصرف الى المنافع ، والدراهم والدنائير لها منافع كما عرفت ، فلا يحتاج الى تعيينها كغيرها من ساير الاعيان المستأجرة ، واطلاق الاجارة انما ينصرف الى المنافع التي هي المعهود الشرعي ، كما ذكره ابن ادريس ، وأما صحة الاجارة في استيجار المرضعة ونحوها فانما جرى على خلاف قاعدة الاجارة ، بنص خاص ، فصار مستشنى من حيث

النس، لا أن ذلك عرف شرعي، ومانحن فيه لانس فيه ، فلاوجه لجعله في عدادها، وجعله من جملة أفر ادها ، ودعواه كون ذلك عرفاً شرعياً ليس في محله ، إذ المتبادر وهو اطراده في جميع الأفراد ، وشيوعه في جميع المواد ، ومانحن فيه مما حكمت بسحة الأجارة مع استيفاء الاعيان منها ، ليس كذلك بلى هومقسور على ماورد النص به من فردين أو ثلاثة ، ولهذا قدمنا في المنحة حيث لانس عليها من طريقنا وانما هومن طريق العامة أن عدها فيماذ كروه ليس في محله .

وبالجمله فانه لماكان مقتضى الاجارة نسأ وفتوى انما هو التسلط على المنفعة خاصة ، فجواز التسلط على العين يحتاج الى دليل آخر ، نعم قام الدليل عليه في تلك المواضع المذكورة ، فصارت مستثناة بذلك ، وما لم يقم عليه دليل فلا يجوز الخروج به عن قاعدة الاجارة ، وهذا هو الذى اختاره في آخر كلامه ، وبذلك يظهر أن جوابه عن كلام ابن ادريس انما هومجرد تعصب عليه ، كما هي عادته غالبا في الكتاب المذكور ، والله سبحانه العالم .

الثالثة والعشرون: لو وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً يوجب الرد، وكان جاهلاً به وقت العقد تخير بين الفسخ والرضا بالاجرة المسماة من غيرأرش على المشهور، ووجه التخيير أن العيب المذكور في العين موجب للنقص في المنفعة، فيجوز له الفسخ دفعاً للضرر عن نفسه، وللتدليس عليه، ولأن مقتضى العقد صحة العوضين، فلا يلزم بدونها، فمن ثم جاذ له الفسخ، وحينتذ وله الالتزام بالعيب لأنه تصرف في ما له باختياره.

وفي المسالك أن له الفسخ وان استوفى بعض المنفعة ، قال ولا يرد أنه مع استيفاء البعض يكون قد تصرف ، وهو يسقط خيار العيب ، لأن المراد بالتصرف حقيقة في العوض الذي صار للمتصرف وهو هنا المنفعة ، ومالم يستوفه منها لم يتصرف فيه وانما حصل التصرف في المستوفى ، ولأن الصبر على العيب ضرر منفى ، انتهى .

والظاهر أنه غير خال من شوب الاشكال ، فان الظاهر من كلامهم في كتاب

البيع أن التصرف انما هو عبارة عن وضع اليد على المبيع ، أو الثمن باستيفاء بعض منافعه ، او استعلامها كركوب الدابة ، ولمس الجاديه وتقبيلها وحلب الشاة ولبس الثهب وتحو ذلك ، فاستيفاء بعض من منفعة المستأجر تصرف في أسل المنفعة قياساً على ماذكر ناه ، لا أنه يختص التصرف بما استوفاه كما ذكره ، وانكان هو الفرد الحقيقى ، إلا أن مقتضى ماذكر ناه مما عدوه تصرفاً أعممنه كما لا يخفى .

وأما ما ذكره من أن الصبر على العيب ضرر منفي، ففيه أن ما ذكروه من الحكم المذكور غير منصوص، ويمكن أن يقال: بان له الأرش حينتذكما في خيار العيب متى تصرف في المبيح، على أن هذا الابراد ينختص بالقول المشهور وأما على القول الآخر الأتي من الأرش مع الرضا فلاورود له كما لا ينخفي.

ثم أن ظاهر كلام الأكثرهو ما ذكرناه آنفا من التخيير بعد ظهور العيب بين الفسخ والرضا بالأجرة ، وذهب جماعة منهم المحقق الثاني والشهيد الثاني الى أن له مع الرضا الأرشفهو مخير عندهم بين الفسخ والرضابالأرش.

قال في الروضة بعد قول المصنّف وفي الأرش نظر ما لفظه : من وقوع العقد على هذا المجموع وهوباق ، فاما أن يفسخ أو يرضى بالجميع ، ومن كون المجزء الفائت أو الوصف مقصوداً للمستأجر ولم يحصل وهويستازم نقص المنفعة التي هي أحد العوضين ، فيجبر بالأرش وهوحسن .

أقول: فيه ما عرفت من أن أسل المسئلة غبر منصوص، والظاهر انهم ذكر وا هذا الحكم هنا قياساً على البيع من انه متى ظهر عيب بالمبيع تخير المشترى بين الفسخ وبين الالتزام مع الأرش، مع أن الأخبار ثمة لاتدل على ما ذكر وه كما حققناه في البيع، وانما هو موردها مع ظهور الهيب الخيار خاصة، وأما الأرش فانما هو مع التصرف، وأما تعليله هنا فعليل، فان ما ذكره من ضرره هنا بنفص المنفعة يعجبر بالفسخ الذي هو أحد فردى التخيير، ولا ينحصر في الأرش.

نعم لو لم يكن له الفسخ فان ما ذكر. متجه ، لكن الأمر ليس كذلك ،

وكيفكان فان ثبوت الاحكام الشرعية بمثل هذه التقريبات العقلية لا يخلو من المجاذفة في أحكامه عزوجل التي قد استفاضت النصوص بالنهي عن القول فيها بغير علم منه عز وجل أومن نو ابه (صلوات الله وسلامه عليهم).

ثـم انه قال في المسالك تفريعاً علىما اختاره من وجوب الأرش: وطريق معرفته أن ينظر الى أجرة مثلها سليمة ومعيبة ، وينظر الى التفاوت بينهما ، ويرجع من المسمى بثلك النسبة ، ولا يخفى أنه متى اختار الفسخ فان لم يمض من المدة ماله أجرة فلا اشكال ، وان مضت مدة كذلك ، فعليه من المسمى بنسبة ذلك من المسدة .

هذا كلّه فيما أذا كانت الاجارة واردة على عين ، أما لو كانت في الذمة ودفع له عيناً معيبة فالواجب ابدالها ولافسخ هنا ، الا أن يتعذر البدل لعدم وجوده أو لتغلّب الموجر وعدم امكان جبره فيفسخ المستأجر ، ويرجع الى ماله ، والله سبحانه العالم .

الرابعة والعشرون: الظاهر أنه لاخلاف في تضمين الصناع من المكارين والمسارين وسائر الصناع لماجنته أيديهم ، سواء كان نقصاً في العين أوتلفاً ، والملاحين والقصارين وسائر الصناع لماجنته أيديهم الوالف فيما لو تلفت بغير فعله . وغير تفريطه وظاهر جماعة منهم الشيخ المفيد والمرتشى القول بالضمان ، والمشهور وهو قول الشيخ وأتباعه وابن ادريس ومن تأخر عنه العدم .

قال الشيخ المفيد: القصار والخياط والسباغ وأشباههم من الصناع ضامنون لما جنته أيد يهم على السلع ، ويضمنون ماتسلموه من المتاع الا أن يظهر حلاكه ويشتهر بمالايمكن دفاعه أوتقوم لهم بيسنة بذلك ، والمللاح والمكاري والجمال ضامنون للأمتعة الاأن تقوم لهم بيسنة بأن الذي حلك منه بغير تفريط منهم ولاتعد فيه ، وقال المرتضى : مما انفردت به الامامية القول بأن الصناع كله كالقصارين والخياط ومن اشبههما ضامنون للمتاع الذي يسلم اليهم ، الاأن يظهر حلاكه ويشتهر

بما لايمكن دفعه . أوتقوم بهبينة بذلك ، وهم أيضا ضامنون لما جنته أيديهم على المائع بتعد وغيرتعد ، وسواءكان الصانع مشتركاً أو غيرمشترك ، ثم فسر معناهما .

وقال في المختلف والمسبوط والنهاية : لاضمان عليهم الافيما يهلك مما أفسده أويكون بشيء من جهتهم أوبتفريط منهم وما أشبه ذلك ، فان هلك من غيرذلك لم يكن عليهم شيء من ذلك ، وبه قال أبوالصلاح وسلاد .

وقال ابن ادريس: اختلف أصحابنا في تضمين الصناع والمكارين والملاحين فقال بعضهم: همضامنون لجميع الأمتعة وعليهم البينة ، الأأن يظهر هلا كه ويشتهر بما لا يمكن دفاعه ، مثل الحريق العام والغرق والنهب كذلك ، فأما ما جنته أيديهم على السلع فلاخلاف بين أصحابنا أنهم ضامنون له ، وقال الفريق الآخر من أصحابنا وهم الاكثرون المحصلون: أن الصناع لا يضمنون إلا ماجنته أيديهم على الأمتعة أوفر طوا في حفاظه ، وكذلك المسلاحون والمسارون والرعاة وهو الأطهر والعمل عليه ، لأنهم أمناء سواء كان الصائع منفرداً أو مشتركاً .

قال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال : والوجه اختيار الشيخ ، لنا الاصل بر ائة الذمة وعدم الضمان ، فلن أيديهم ليست عادية ، وهم أمنا • فلا يتعلق بهم ضمان ، إلا مع تعد أو تفريط ، كالمستودع وغيره .

أقول: وعلى هذا القول جرى المتأخرون، والواجب أولاً نقل الأخبار المتعلقة بهذا المقام ثم الكلام فيها بمارزق الله فهمه ببركتهم عليه في فنها مارداه في الكافي والتهذيب عن الحلبى (١) في الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله المهالية وقال سألته عن القصاد يفسد قال: كل أجير يعطى الأجر على أن يصلح فيفسد فهو ضامن ، . ومارواه في التهذيب عن أبى الصباح الكناني (٢) « قال: سألت أبا عبد الله المهالية ومارواه في التهذيب عن أبى الصباح الكناني (٢) « قال: سألت أبا عبد الله المهالية ال

⁽۱) الكافي ج ه ص ٢٤١ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ٣٧٠

⁽۲) التهـذيب ج ۷ ص ۲۲۰ ح ه ۽ ، وهما في الموسسائل ج ۱۳ ص ۲۲۱ ح ۱ و ص ۲۷۶ ح ۱۳ -

عن القصار هل عليه ضمان ؟ قال : نعم كل من يعطى الأجر ليصلح فيفسد فهو ضامن ».

وما دواه في الفقيه عن حماد عن الحلبى (١) في الصحيح عن أبى عبدالله على الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده ، فقال : كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهوضامن » .

ومارواه في الكاني والتهذيب عن أبي الصباح (٢) عن أبي عبدالله عليه عليه سألته عن الشوب أدفعه الى القصار فيخرقه ؟ قال : أغرمه فانك انما دفعته اليه ليصلحه ، ولم تدفعه ليفسده » .

وعن اسمعيل بن الصباح (٣) • قال : سألت أباعبدالله المله عن القصار يسلم اليه المتاع فخرقه أو غرقه أيغرمه ؟ قال : نعم غرّمه ما جنت يداه فانك إنما أعطيته ليصلح ، لم تعط ليفسده » .

هكذا اسناد الخبرفي نسخ التهذيب وربما وجد في بعضها عن اسمعيـل عن أبي الصباح وهوالظاهر ،كما هوفي سند سابق هذا الخبر ، ويتحتمل في اسمعيل أنه ابن عبد الخالق ، أو ابن الفضل الهاشمي .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن السكونى (٤) دعن أبى عبد الله عليه الله عليه الله عليه الله عليه أمير المؤمنين عليه رجل استأجر رجلاً ليصلح له بابه ضرب المسمار فاصدع الباب ضمنه أمير المؤمنين عليه عليه .

أقول: وهذه الأخبار كلها موافقة لما اتفق عليه الأصحاب من ضمان ماجنته يد السانع ، وانكان لا عن تعمد ، وان ذلك قاعدة كلّية في كـل من أعطى الأجر ليصلح فأفسد فانه ضامن .

⁽١) الفقيه ج ٣ ص ١٦١ ح ١ من ياب ٧٥ .

⁽٢) الكانى ج ٥ ص ٢٤٧ ح ٧ ، التهـذيب ج ٧ ص ٢٢٠ ح ٢٧ .

⁽٣) التهذيب ج ٧ص ٢٢١ ح ٥٠ .

⁽٤) الكافى ج ٥ ص ٢٤٣ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ١ ٤ ، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٩ ح ١٠ .

ومنها مادواه في الكافي عن الحلبى (١) في الصحيح أو الحسن دعن أبى عبدالله الحليلة على الله المسلام عند الله الحليلة على المنه على أمربيس أنه قد سرق ، وكل قليله أو كثير د فهو ضامن ، ، فان فعل فليس عليه شيء د وان لم يفعل ، ولم يقم البيسة وزعم أنه قد ذهب الذى ادعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن له على قوله بينة ، ودواه في الفقيه مثله ، وكذا الشيخ في التهذيب ، وذاد فيه وعن رجل استأجر أجيراً فاقعده على متاعه فسرق قال : هو مــؤ تمن » .

وما رواه في الكافي في الصحيح عن الحلبي (٢) عن أبي عبدالله عليه الكافي في العسال والصباغ : ما سرق منهم من شيء فهو ضامن ، أقول : يعنى اذا ادعى السرقة كما هوظاهر الخبر الاول .

ومارواه المشايخ الثلاثة عن أبى بسير (٣) عن ابى عبد الله عليه قال : سألته عن قصار دفعت اليه ثوباً فرعم أنه سرق من بين متاعه ، فقال : عليه أن يقيم البيئة أنه سرق من بين متاعه ، وليس عليه شيء ، وان سرق متاعه كله فليس عليه شيء .

وعن السكونى (٤) عن أبى عبد الله الحليلا و قال : كان أمير المؤمنين الحليلا يسمن القسار والصائغ والسباغ احتياطاً على أمتعة الناس، وكان لا يضمن من الغرق والحرق والشيء الغالب » .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن اسمعيل بن مراد عن يونس (٥) * قال : سألت الرضا عليه عليه عن القصار والسائغ أيضمنون ؟ قال : لايسلح الناس الا أن

⁽۱) الكافسى ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٢ ليس فى الكافى كلمة ﴿ فهو ضامن ﴾ وكذا كلمة ﴿ وَإِنْ لَمْ يَفْعَلَ ﴾ التهذيب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٣٤ ، الققيه ج ٣ ص ١٦١ الباب ٢٦ ح٢ · (۲) الكافسى ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٢ ·

⁽۳) و (٤) الكانى ج ه ص ٢٤٢ ح يروه ، التهديب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٢٥٠ و ص ٢١٩ ح ٣٨ -

⁽ه) الكافسي ج ه ص ٢٤٣ ح ١٠،، التهسنيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ١٠ ، وهسنه الروايات في الرسائل ج ١٣ ص ٧٧ ح ٧ و ص ٢٧٤ ح ٥ د ٦ و ص ٢٧٣ ح ٩ ٠

يضمنوا ، قال : وكان يونس يعمل به ويأخذ » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن مسمع (١) عن أبي عبدالله الم قال : قال المير المؤمنين الميلا: الأجير المشارك هو ضامن الأمن سبع أوغر ق أو حرق أولص مكابر ،

ومارواه في التهذيب عن ذيدبن على (٢) عن آبائه الملل أنه أتى بحمال كان علي ه قارورة عظيمة فيها دهمن فكسرها فضمنها اياه ، وكان يقول كل عامل مشترك اذا افسد فهو ضامن ، فسألته بما المشترك ؟ فقال الذي يعمل لى ولك ، .

و كذا مارواه في الكافي والفقيه عن الحلبي (٣) في الصحيح عن أبي عبدالله عليه الله عليه الله عنه الله عنه الله عنه الله الله الله أرض فز علم أن بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق ما فيه ، فقال انه ان شاء أخذ الزيت ، وقال : انه انخرق ولكنه لا يصدق إلا ببيتنة عادلة » .

ومارواه في التهذيب عن الشحام (٤) قال سألت أبا عبدالله على التجاه التهذيب عن الشحام (٤) قال سألت أبا عبدالله على الزيت الترى منه ابل و م بعثت ، معه بزيت الى نصيبين فزعم أن بعض و زقاق ، الزيت التخرق فاهراق فقال له : ان شاء أخذ الزيت وان زعم أنه النخرق فلا يقبل الاستنة عادلة » .

ومارواه في الفقيه عن حماد (٥) عن الحلبى في الصحيح عن أبى عبدالله الحلل في جمال يحمل معه الزيت فيقول قدذهب أد أهرق أو قطع عليه الطريق ، فان حاء بينة عادلة أنه قطع عليه أوذهب فليس عليه شيء ، والا ضمن » .

⁽١) الكافي ج ه ص ٢٤٤ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٦ ح ٢٧ .

⁽٢) التهذيب ج٧ ص ٢٢٢ ح ٨ ٥٠

⁽٣) الكافى ج ٥ ص ٢٤٣ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٧ ح ٢٩٠ .

⁽ع) التهمذيب ج ۷ ص ۱۲۹ ح ۳۰ ، الفقيمة ج ۳ ص ۱۹۲ ح ٤ مسع اختلاف يسير ،

⁽۵) الفقیه ج۳ ص ۱۳۱ ح۱ ب۷۲، وهذه الروایات فی الوسائل ج ۱۳ ص ۲۷۷ ح ا؛ و ص ۲۷۹ ح ۱۳ و ص ۲۷۲ ح ۱ و ص ۲۸۰ ح ۱۶۱

وما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحلبي (١) عن أبي عبدالله إلجالإ في رجل حمل مع رجل في سفينة طعاماً فنقص قبال هو ضامن ، قلت : انه ربما زاد قال : تعلم أنه زاد فله شبئاً ؟ قلت : لا قال : هو لك .

أقول : وهذه الأخبار كما ترى واضحة الدلالة ، ساطعة المقالة ، فيما ذهب البه المفيد والمرتشير.

ومنها مارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أوالحسن عن الحلبي (٢) « قال قال أبوعبد الله إلي كان أمير المؤمنين إلي يضمن القصاد والصايغ احتياطاً على أموال الناس ، وكان أبي عليه يتطول عليه اذا كان مأموناً ، وروى في الفقيه مرسلاً قال : وقال إليه : كان أبي يضمن القصار والسواغ ما أفسد ، وكان على بن الحسين عليه متفضل عليهم ، (٣)

وما روا. في الكاني والتهذيب عن أبي بصير (؛) في الصحيح عن أبي عيدالله عليه في الجمال يكس الذي يحمل أد يهريقه ؟ قال إن كان مأموناً فليس عليه شيء و إن كان غير مأمون فهو ضامن » .

وما رواه في التهذيب والفقيه عن أبي بسير (٥) في الصحيح عن أبي عبدالله عليه « قال : لا يضمن الصايغ ولاالقصار ولاالحايك إلا أن يكونوا متهمين ، (فيجيئون) بالبيُّنة ، ويستحلف لعلُّه يستخرج منه شيئًا ،، وفي رجل استأجر حمالًا فكسر الذي يحمل أو يهريقه فقال على نحو من العامل: إن كان مأموناً فليسعليه شيء

⁽۱) الكاني ج ه ص ٢٤٢ ح ٢ ، التهذيب ج ٢ ص ٢١٦ ح ٠ ٣ ، القنيه ج٢ ص ١٦١ ح ١

⁽٢) الكافي جه ص ٢٤٢ جيد، التهذيب ج٧ ص ٢٢٠ ج ١٤١ ، النقيه ج٣ص٢١٦ ح٨

⁽٣) الفقيه ج ٣ ص ١٦١ ح ٣٠

⁽٧) الكانى ج ٥ ص ٢١٤ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٦ ح ٢١ ، النقيه ج ٣

ص ۱۲۴ ح ۱۲۰

⁽٥) التهذيب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٣٣ وفيه ﴿ فيخوف ﴾ بدل ﴿ فيجيئون ﴾ ، الفقيه ج٣ ص ۱۶۴ ح ۹۰

وهــذه الروایات فی الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٧ ح ٢ و ص ٢٧٢ ح ٤ و ص ٢٧٨ ح ٧ و ص ٢٧٤ ح ١١٠

وإن كان غير مأمون فهو ضامن .

وما رواه في التهذيب (١) عن بكر بن حبيب عن أبي عبد الله عليه الله عليه على الله عليه على عبد الله عليه على الله عليه عن الله على ال

أقول: يعنى بالنسبة الى دعوى التلف كما هو سياق الأخبار الآتية ، ومنها بالاسناد المتقدم (٢) • قال: قلت لأبى عبد الله عليه : أعطيت جبة الى القصار فذهبت بزعمه ، قال: ان الهمته فاستحلفه وان لم تتهمه فليس عليه شيء » .

وما رواه في التهذيب في الصحيح عن الصفاد (٣) • قال كتبت الى الفقيه الحلل في رجل دفع ثوباً الى القصار ليقسره، فدفعه الى قصار غيره ليقسره، فضاع الثوب حلى يبجب على القصار أن يرده اذا دفعه الى غيره، وان كان القصار مأموناً ؟ فوقع الحلل نجو ضامن له، إلا أن يكون ثقة مأموناً ».

وما رواه في التهذيب عن حذيفة بن منصور (٤) « قال : سألت أباعبدالله المالية المالية المالية المالية المالية المالية عن رجل يحمل المتاع بالأجر فيضيع فتطيب نفسه أن يغرمه لأهله ، أيأخذونه ؟ قال : فقال لى : أمين هو ؟ قلت : نعم ، قال : فلا يأخذون منه شيئا » ، وعن حذيفة بن منصور (٥) « قال : قلت لأبي عبدالله المالية : أن معاذ بن كثير وقيساً أمراني أن أسألك عن جال حمل لهم متاعاً بأجر ، وأنه ضاع منه حمل قيمته ست مائة درهم وهو طيب النفس لغرمه لأنه ضاعته ، قال : يتهمونه ؟ قلت : لا يغرمونه » .

وما رواه في التهذيب عن معاوية بن عمار (٦) في الصحيح عن أبي عبدالله المالية المالية المالية المالية المالية عن الصباغ والقصار ٢ قال : ليس يضمنان ٢ .

 ⁽۱) و (۲) التهذيب ج ۷ ص ۲۲۱ ح ۹۹ و ۱۹ .

⁽٣) و (٤) التهديب ج ٧ ص ٢٢٧ ح ٥٩ و ٥٩،

⁽a) و (۲) التهذيب ج ۷ ص ۱۲۹ ح ۳۶ ص ۲۲۰ ح ۲۱ ، وهذه الروايات في الرسائل ج ۱۳ ص ۲۷۵ ح ۱۱ و ۱۷ و ۱۸ و ص ۲۷۹ ح ۱۲ و ص ۲۷۶ ح ۱۰۶

وما رواه في التهذيب والفقيه عن جعفر بن عثمان (١) • قال : حمل أبي متماعاً الى الشمام مع جمّال فذكر أن حملاً منه ضماع . فذكرت ذالك لأبي عبدالله عليه فقال : أتتهمه ؟ قلت : لا قال : لا تضمنه » .

وما رواه في الكافى والتهديب عن خسالد بن الحجاج (٢) د قال : سألت أبا عبدالله المالية على المسلاح أحمل معه الطعام ثم أقبضه منه فينقس ، قال إن كان مأمو تا فلا تضمنه » .

أقول: هذا ما حضرني من أخبار المسئلة، وليس فيها ما يدل على القول المشهور إلا ظاهر الرواية الأخيرة، والشيخ قد حملها على ما إذا كانا مأمونين، وهوجيد.

وأما ما يدل على قول المفيد والسيد فجملة من الأخبار التي عرفت ، وأنت إذار ددت هذه الأخبار التي تلوناها عليك بعضها إلى بعض وحملت مطلقها الى مقيدها ، ظهر لك أن الحكم بالنسبة الى دعوى التلف أنه ان كان أميناً غير متهم فلاضمان عليه ، والا فهو ضامن ، الا أن يقيم البينة ، أويكون لأمر ظاهراً في دعواه .

وبه يظهر أن اطلاق كل من القولين المتقدمين ليس في محله ، والعلامة في المنتلف حيث اختار قول المشهور كما قدمنا نقله عنه حمل ما نقله من الاخبار الدالة على قول المفيد والمرتضى على التفريط والتعدى ، جماً بين الأدلة ، أوعلى تأخير المتاع عن الوقت المشترط ، وان كان نوع تفريط ، لما رواه الكاهلى(٣) في الحسن عن الصادق المالحلي قال : سألته عن القصار يدفع اليه الثوب واشترط عليه أن يعطيه في وقت ، قال : إذا خالف وضاع الثوب بعد الوقت فهوضامن » .

وأنت خبير بما فيه من التعسف المستغنى عنه ، فانه لا اشعار في شيء

⁽۱) و (۲) التهذيب ج ۷ ص ۲۱۷ ح ۲۸ و ۲۹ -

⁽۲) التهذيب ج ۷ ص ۲۱۹ ح ۳۹٠

وهذه الروایات فی الوسائل ج ۱۳ ص ۲۷۸ ح ۶ و ص ۲۷۷ ح ۳ و ص ۲۷۳ ح ۲ .

من تلك الأخبار بما ادعاه من التعدي والتفريط ، بل هي ظاهرة الدلالة في المدعى وما ادعاه من الحمل على تأخير المتاع أبعد ، اذلا اشعار في شيء منها بذلك ، بل هي ظاهرة في أن الضمان إنما هو من حيث التلف ، وانكان لاعن تعد ولاتفريط والوجه في الجمع إنما هوما قلناه ، لتكاثر الأخبار به كما عرفت .

واستند في المسالك حيث اختار القول المشهور الى أصالة البرائة ولأنهم أمناء فلا يضمنون بددن التغريط ، قال : و في كثير من الأخبار دلالة عليه ، وفيه أن الأصل يجب الخروج عنه بالدليل ، وقد عرفته مما ذكر ناه من الأخبار الساطعة في ذلك على وجه لاتقبل الانكار الا من حيث قصور التتبع لها ، كما لا يختفي على من جاس خلال الديار ، وأما ما ذكره من أنهم أمناء فلا يضمنون الامع التغريط ، فهو وان كان كذلك في جملة من المواضع ، الا أنه من البحائز خروج هذا الحكم من تلك المواضع ، لأن الاجازة على هذا الوجه نوع معاوضة ، فيجب إيصال كل عوض الى مستحقه أو بدله ، الا أن يعلم بأحد الوجهين فيجب إيصال كل عوض الى مستحقه أو بدله ، الا أن يعلم بأحد الوجهين وتعددها كما عرفت خالية عن ذلك ، فانها على تعددها واستفاضتها وصحتها وضم بعضها الى بعض صريحة في الضمان إلامع كون الأجير ثقة مأمو نا غير متهم كما عرفت ، ولا اشعار في شيء منها ، فضلاً عن الظهور بكون الضمان مستندا الى عرفت ، ولإ المعار في شيء منها ، فضلاً عن الظهور بكون الضمان مستندا الى التغريط أو التعدى ، وإنما رتب فيها على مجرد التلف ، ولكنهم لعدم التتبع التام التغريط أو التعدى ، وإنما رتب فيها على مجرد التلف ، ولكنهم لعدم التتبع التام المؤون فيما يقمون فيه ، والحكم كما ذكرنا واضع بحمدالله سبحانه .

ثم ان الظاهر أن ما دل عليه صحيح الحلبي ومرسل الفقيه من التفضل والتطبوع بعدم الضمان ، ينبغى حمله على ذينك الامامين التقالم بمعنى أنه إذا وقسع ذلك في مالهما لا يضمنون العامل جمعاً بين الأخبار ، لما عرفت من قول أمير المؤمنين والرضا التقالم ولا يصلح الناس الا أن يضمنوا احتياطاً على أموال الناس ، ومعنى أن الحكم الشرعي تضمينهم ، فانهم متى عرفوا ذلك احتاطواني

حفظ أموال الناس خوف الغرم، ولوحمل النجران الأولان على أن المراد بهما أنهما التحكمان بالتفضل والتطوع بالنسبة الى الناس، لحصلت المنافاة والمعارضة بين الأخبار، على أن صحيح الحلبي صريح في أن تطوله المالج بعدم الضمان إنما هوفي صورة ما إذا كان مأموناً، وحينتُذ فيرجع الى الأخبار الاخيرة الدالة على قيد المأمونية، ويحمل اطلاق تفضل على بن الحسين المالج على ذلك، وبه يزول الاشكال وان حمل على غيرهما من الناس، والله سبحانه العالم.

الخامسة والعشرون: في اجارة المملوك، والكلام فيها يقع في مواضع: الأول: فيما إذا آجر المولى عبده أو آجر العبد نفسه باذن مولاه فافسد، فلاخلاف ولا اشكال في لزوم ذلك للمولى، لمكان اذنه، لأن الاذن في الاجارة يقتضى الالتزام بلواذمها التي من جملتها الضمان هنا، لكن الخلاف إنما هو في أنه هل يختص الضمان بكسب العبد، لأن الصائع لما كان ضامناً لما يفسده في ماله، والعبد لامال له، تعلق الضمان بكسبه ، وعلى هذا لو زادت الجناية على الكسب لم يلزم المولى شيء أو يكون الضمان على المولى ؟ مطلقا قولان: وبالثاني قال في النهاية وأبوالسلاح.

قال في النّهاية : من استأجر مملوك غيره من مولاه ، فأفسد المملوك شيئا أو أبق قبل أن يفرغ من عمله كان مولاه ضامناً لذلك ، وقال ابن ادريس : يكون ضامناً لبقية الأجرة دون أرش ما أفسده .

أقول: وكلام ابن ادريس لا ينخلو من اجمال ، فانه يحتمل أن يراد به أن أرش الجناية لا يضمنه السيد من ماله ، ولامن كسب العبد ، وحينتُذ فيكون هذا قولا ثالثا في المسألة ، ولم أقف على من نقله عنه ، ويحتمل أن يراد به أنه لا يضمنه المولى من ماله ، وان ضمنه من كسب العبد ، كما هو القول الاخر في المسئلة ، الا أنه لا ينخلو من بعد ، وكلام أبى الصلاح على نحو كلام الشيخ .

والذي يدل على ما ذهب اليه الشيخ ما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة

وأبي بصير (١) في الصحيح أو الحسن عن آبي عبدالله على قال: قضى أمير المؤمنين على الله على السناجر، منه صائغ أو غيره قال: ان كان ضيع شيئا أو أبق فمواليه ضامنون ، وظاهر المختلف حمل الرواية على أن الضمان المراد ضمان الموالي من كسب العبد لامن أموالهم ، ولا يخفي بعده ، وفصل في المسالك وقال: والأصح أن الافسادان كان في المال الذي يعمل فيه من غير تفريط تعلق بكسبه ، كما ذكروه ، وان كان بتفريط تعلق بذمته يتبع به إذا أعتق ، لأن الاذن في العمل لا يقتضي الاذن في الافساد .

نعم لوكان باذن المولى تعلق به ، وعليه تحمل الرواية ، وان كان بجناية على نفس أو طرف تعلق برقبة العبد ، وللمولى فدائـه بأقل الأمريــن من القيمة أو الأرش ، سواء كان باذن المولى أم لا ، انتهى .

وفيه أولا أن ظاهر قوله « نعم لوكان باذن المولى تعلق بالمولى ، يعطى أن حكمه بتعلقه بكسب العبد في صورة عدم التفريط والتعدى ، والتعلق بذمته في صورة التفريط مبنى على أن الاستيجار بدون اذن المولى ، وهو خلاف فرض أصل المسئلة وذلك فإن البحث هنا في المسئلة إنما بنى على ما قدمنا ذكره من اجارة المولى عبده أو اجارة العبد نفسه باذن المولى ، وثانياً أنه مع عدم الاذن فانه لاريب في بطلان الاجارة ، فلايترتب عليها شيء مما ذكر من الضمان ، لأن تصرف المستأجر في العبد بدون اذن مولاه غصب معض ، لا يستحق ضماناً ، ويحتمل أن المراد أنه لوأذن المولى للعبد في الافساد فيكون الضمير في كان راجعاً الى الافساد ، وهو وان كان معنى صحيحاً في حد ذاته ، الا أن حمل الرواية على ذلك في غاية العبد .

وبالجملة فان فهمى القاصر _ عن ادراك معنى صحيح لهذا الكلام _ خاسر، وكيفكان فانه لا يخفى ما في الحكم بتعلق حكم الضمان بذمته ، وأنه يتبع به اذا

⁽۱) الكافى ج ه ص ۳۰۲ ح ۱ ، التهذيب ج ۷ ص ۲۱۳ ح ۱۸ ، الوسائل ج ۱۹ ص ۱۸۳ ح ۱ ،

أعتق من الاشكال ، لما فيه من الضرعلى المالك ، فانه قد يتعمد العبد البخاية على مال المالك ، ويفرط فيه فيسرق لعلمه بأنه لايؤاخذ به الا بعد العتق ، مع أنه قد لايعتق بعد موت المالك ، أويكون فقيراً بعد العتق ، وكيف يصبح ارتكاب هذا الضرد ، مع عدم وجود دليل عليه ، والرواية ظاهرة الدلالة باطلاقها على ضمان المولى مطلقا ، ويؤيدها أن المولى بوصفه عبده واجارته لمثل هذه الأمور التي لا يحسنها في قوة المدلس ، فيجب عليه الضمان .

وبالجملة فالظاهر هـو الوقوف على ظاهر النـص المذكور ، كما ذكره الشيخ ومن تبعه ، والخروج عنه بغيردليل شرعى سوى هذه التخريجات مشكل ، والله سبحانه العالم .

الثانى: لو آجرالسيد عبده ثم اعتقه فلاخلاف في صحة الاجارة والعتق ، أما الأجارة فظاهر ، لأن منافع العبد لمولاه حال ملكه ، فيجوز له نقلها بالاجارة كمنفعة نفسه ، فانه يوجر نفسه غيره ، وأما العتق فكذلك أيضاً ، فانه مالك لرقبته ، والعتق مورده رقبة المملوك ، والمنافع وان كانت تابعة للرقبة الا أنه قد سبق ملكها ، أوملك بعضها بعقد الاجارة ، غاية الأمر أن العتق إنما صادف الرقبة دون منافع صدة الأجارة ، فتزول السلطنة عن الرقبة ، والمنافع التي لسم تدخل تحت الاجارة ، وهومما لاخلاف ولا اشكال فيه .

وإنما الخلاف في أنه هل يرجع المملوك على مولاه بأجرة المثل عن تلك المدة التي آجره فيها أم لا ؟ قال ابن ادريس ومثله الشيخ في المبسوط : إذا آجر عبده مدة ثم اعتقه في اثنائها صح ، وهل يرجع على السيد يأجرة المثل لما يلزمه من الخدمة بعد الحرية ؟ قيل : فيه قولان : أحدهما يرجع بأجرة المثل في تلك المدة ، والآخر لايلزمه ، وهو الصحيح ، لأنه لادليل عليه ، والأصل برائمة الذمة ، وربما علل الرجوع بأن از الة الرق يقتضى ملك العبد لمنفعته فاذا سبق نقل المولى لها فاتت العين ، فيرجع العبد على المولى بعوضها ، وهو أجرة المثل ، وضعفه ظاهر

مما تقدم ، فان تصرف المولى بالاجارة في تلك المنافع لاريب في صحته ، وعدم ترتب ضمان عليه في ذلك واستحقاق المستأجر لتلك المنافع مما لاريب فيه أيضا ، والعتق إنما صادف ازالة الرق عن الرقبة مسلوبة المنافع تلك المدة ، فقول القائل المذكور أن الرق يقتضى ملك العبد لمنفعته إنما يتم ، فيما اذا صادف العتق ازالة الرق من الرقبة ومنافعها ، لافيما نحن فيه ، ولهذا لوأعتقه وشرط عليه خدمته مدة معينة صح ذلك ، كما أن المنفعة هنا لايقتضى العتق ملك العبد لها لمكان الشرط ، كذلك فيما نحن فيه للسبق ، فان المالك قد آجرها سابقاً وهذه الصورة أولى بعدم مطالبة العبد من صورة الشرط .

وبالجملة فان ضعف القول المذكور أظهر من أن يخفى ، ومن المحتمل قريباً أن هذا القول إنما هوللعامة كما هو مؤمى عبارة المبسوط ، فانه لم ينسب الى أحد من أصحابنا صريحاً ، والظاهرأن الاصحاب إنما نقلوا النحلاف من هذه العبارة ، بقى الكلام هنا في شيء آخر أيضاً وهو نفقة العبد في مدة الاجارة .

قال في المسالك بعد البحث في الحكم المتقدم: اذا تقرر ذلك فنفقة تلك المدة اذا لم تكن مشروطة على المستأجر ، هل يبجب على مولاه ، أو في كسبه ، أو في بيت المال انكان ؟ أوجه: من انتفائها من العبد ، لاستغراق وقته في الخدمة ، وعن المستأجر لانتفاء الشرط ، فلم يبق لها محل الا السيد ، ولأنه ملك عو ش المنفعة تلك المدة ، ومن انتفاء المقتضى ، للانفاق ، وهو الملك ، وقد زال ومن أن النفقة مقدمة على حق كل أحد كما في المديون والمعسر ، فيخرج من الكسب مقدمة على حق كل أحد كما في المديون والمعسر ، فيخرج من الكسب ولبطلان الحصر وعدم استلزام تملك عوض منفعة تلك المدة النفقة ، وإنما تقدم النفقة على حق الغير من مال المكتسب ، وبيت المال معد للمصالح ، وهو من جملتها ، ومع تعذره فهو من الواجبات الكفائية على ساير المكلفين ، انتهى .

أقول : قد تقدم نقل الخلاف في نفقة الدابة إذا آجرها المالك هل هي على

المستأجر أو المالك؟ والانسان إذا آجر نفسه هل نفقته على نفسه ، أو المستأجر ، ومحل الاشكال هنا إنما يتوجه على الفول بكون النفقة على المالك في الأول ، وعلى الموجر نفسه في الثاني ، وأما على تقدير كونها على المستأجر أسالة كما هو أحد القولين أو بالشرط على القول الثاني فلا اشكال ، ولهذا انه لما كان مذهب شيخنا الشهيد الثاني هوأن النفقة على المالك ، والموجر نفسه ، جعل محل الاشكال فيما لولم يكن مشروطة على المستأجر ، وقد استشكل في ذلك أيضاً جمع من الاسحاب منهم العلامة في الارشاد ، ووجه الاشكال كما ذكره هنا من أنه ملك عدوض المنفعة تلك المدة و استوفاه ، فيلزمه النفقة ، ومن أنه بالعتق خرج عن ملكه ، المقتضى لوجوب الانفاق ، فيزول وجوب الانفاق .

وبالجملة فالمسئلة محل اشكال ، الخلوها من النص ، وان كان ما ذكره شيخنا الشهيد الثاني لا يخلو عن قرب ، بناء على الأخذ بهذه التقريبات المتداولة في كلامهم ، لأنه نفاها عن المستأجر منحيث عدم الشرط ، بناء على مذهبه في المسئلة كما أشرنا اليه ، وعن السيد لتبعية وجوب النفقة للملك ، وعدم ثبوت الاستلزام المدعى، وعن العبد ، لاستغراق وقته في الخدمة ، وتقديمها من الكسب على حق المستأجر ، قياساً على المديون ، والمعس _ إنما يتم لوكان له مال مكتسب، وقد عرفت أنه لانتقال منافعه الى المستأجر واستغراق وقته في الخدمة لامال له، فلا وجه لا يجابها في كسبه ، اذلا كسب له ، فلم يبق الا الرجوع الى بيت المال ان فلاوجه لا يجابها في كسبه ، اذلا كسب له ، فلم يبق الا الرجوع الى بيت المال ان

الثالث: قال في المختلف: اذا استأجر العبد سنة ، ثم مات بعد مضي تصفها، قال الشيخ وتبعه ابني ادريس: يصح فيما مضى، ويبطل فيما بقى، وله المطالبة بأجرة المثل ، فان تساويا أخذه، وان كان أجرة الباقي أكثر استحق الزيادة، مثل أن يكون أجرة الماضي مائة ، والباقي مأتين ، فانه يستحق عليه مأتين ، وبالعكس ، وهذا القول فيه نظر ، بل الحق أن ينسب المسمى الى أجرة المثل ،

ويقسط ما قابل المتخلف، وكأن مراد الشيخ ذلك، انتهى.

السادسة والعشرون: قد صرح الأصحاب بأنه لا يضمن صاحب الحمام الاما أودع وتمدى أو فرط فيه ، وهو كذلك ، اما أنه لا يضمن بغير الابداع فظاهر ، لأن الأصل برائة الذمة من وجوب حفظ مال الغير مع عدم الالتزام به حتى لونزع المفتسل ثيابه ، وقال احفظها ولم يقبل لم يجب عليه الحفظ ، وأما أنه مع الابداع لا يضمن الا بالتفريط أو التمدي ، فلانه أمين محض ، وقد تقدم تحقيق القولفيه في كتاب الوديعة ، ويدل على ذلك أيضاً مارواه المشايخ الثلاثة مرسلاً (١) في بعض عن الباقر عن أمير المؤمنين على المؤلفة أنى بعض عن غياث بن ابر اهيم (٢) وعن أبى عبدالله عن أبيه على المؤلفة المؤمنين على المؤمنين على المؤمنين على المؤلفة عن أبيه على المؤلفة المؤمنين على المؤلفة ألى بعض عن غياث بن ابر اهيم (٢) وعن أبى عبدالله عن أبيه على المؤلفة المؤمنين عالم المؤلفة المؤلفة المناه من يعمل فيها أو المنافزين لعلى المعنى أنه يحفظها بمحض الأمانية ، وليس ممن يعمل فيها أو يأخذ أجرة على حفظها ، فهو محسن لا ينمنه ، والأول أظهر انتهى . هذا الشخص كان أميناً غيرمتهم ، فلذا لم يضمنه ، والأول أظهر انتهى .

أقول: بل الظاهر أن الثاني أظهر إذ مجود وضع الثياب عند من غير أن يظهر منه ما يدل على أن يترتب عليه ما يترتب على ما يترتب على ما يترتب على الامناء من عدم الضمان الامع التفريط، وقد تقدم ذلك في كتاب الوديعة.

ومارواه في التهدذيب عن السكوني (٣) عن جعفس عن أبيمه عليه الله أن عليا الملك كان يقول الاضمان على صاحب العجمام فيما ذهب من الشياب ، لأنه انما أخذ الجعل على الحمام ، ولم يأخذ على الثياب » .

⁽۱) الفقيه ج ٣ ص ١٦٣ ح ١٠.

⁽۲) الكافى ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٨ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٣٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٠ ح ١٠ .

⁽٣) الوسائـل ج ١٣ ص ٢٧١ ح ٣ البــاب ٢٨ من أبــواب أحــكام الاجـــادة التهذيب ج ٦ ص ٣١٤ ح ٨٦٩ ، الرواية بهــذا المتن بعينها هي دواية اسحق بن عمار ولم نقف على هذا المتن عن طريق السكوني .

وما رواه في قرب الاسناد عن أبي البخـترى(١) عن جعفر عن آبائه كالله المحدد على المائلة أبد أجراً على عن على المحدام ، وقال : إنما يأخـذ أجراً على الدخول الى الحمام » .

ومارواه في التهذيب عن اسحق بن عمار (٢) عن جعفر عن أبيه عَلَيْهُا أَن عَلَيْهُ اللهِ عَلَيْهُا أَن عَلَيْ اللهِ عَلَيْهُ الحمام فيما ذهب من الثياب ، .

السابعة والعشرون: قال في الخلاف: اذا آجر الأب أو الوصى الصبى أوشيئا من ماله صحت الاجارة اجماعاً، فان بلغ الصبى قبل انقضاء المدة كان له مابقى ولم يكن للصبى فسخه، لان المقد على غير البالغ وعلى ماله وقع صحيحاً بلاخلاف فمن ادعى أن له الفسخ بعد البلوغ فعليه الدلالة، وتبعه ابن ادريس في ذلك.

وقال في المبسوط: ان له فسخها فيما بقى وقيل: انه ليس له ذلك، وهو الأقوى، قال في المبختلف: والحق أن له الفسخ، لنا أن الولاية تابعة للصغر، وقد زال فتزول الولاية، والعقد تابعلها، فيزول بزوالها، ولأنه لوعقد عليه مدة يعلم بلوغه في بعضها بطلت في الزايد، فكذا في المجهول مع وقوعه، لأن العلم والجهل لامد خل لهما في ثبوت الولاية وعدمها، انتهى.

أقول: وينبغى أن يعلم أن هناصورتين: أحديهما أن يأجره مدة يعلم بلوغه ورشده قبل انقضائها، كأن يأجره وهوابن عشرسنين، مدة سبع سنين، ولاخلاف هنا فيما أعلم أن الاجارة لازمة فيما قبل البلوغ والرشد، وأما بعدهما فانه يكون موقوفاً على اجازة الصبى، لأن زمان الولاية عليه وعلى ماله ما قبل الامرين المذكورين، فلا اشكال في لزوم الاجارة في تلك المدة، وأما بعد حصول الأمرين المذكورين فلا اشكال ولاخلاف في زوال الولاية عنه وحينئذ فلا اشكال في توقف

⁽۱) قرب الاسناد ص ۷۱ ، الرسائـل ج ۱۳ ص ۲۷۱ ح ۲ الباب ۲۸ من أبواب أحـكام الاجـادة .

⁽۲) التهذيب ج ٦ ص ٣١٤ ح ٨٦٩٠

صحة الاجارة والحال هذه على اجازته ، لأن العقد في هذه المدة الزائدة يصير بمنزلة الغضولي .

الثانية: ان يأجره في مدة لا يعلم ذلك ، الا أنه اتفق حصوله في أثناء المدة وهذه الصورة هي محل الخلاف ، فظاهر كلام الشيخ المذكور هو صحة الأجارة في جميع المدة صحة لازمة لو قوع الاجارة من أهلها في محلها في وقت لا يعلم لها مناف ، فتستصحب . وظاهر العلامة هو الصحة كذلك إلى حين اجتماع الشرطين المذكورين ، لا نتفاء المانع ، وأما بعد حصولهما فانه يكون الحكم كما في سابق هذه الصورة ، لأن زمان الولاية ما قبل الكمال ، فيكون نفوذ التصرف مقصورا عليه ، وفي الشرايع تردد في هذه الصورة على من تدافع التعليلين المذكورين ، وفي المسالك قوى قول العلامة .

أقول: والمسئلة بالنسبة الى هذه الصورة كغيرها من المسائل الغير المنصوصة محل اشكال، وأما بالنسبة الى الصورة الأولى فانه لاريب في صحة الاجارة ولزومها قبل حصول الشرطين المذكورين، وأما بعد هما فان قلنا بصحة العقد الفضولي كما هوالمشهور، وأجاز الصبى فكذلك، وان قلنا بالبطلان كما هو المختار فالحكم ظاهر، وهكذا الكلام بالنسبة إلى مذهب العلامة ومن تبعه في الصورة الثانية.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن أكثر الأصحاب الذين تعرضوا لهذه المسئلة ومنهم الشيخ والفاضلان انما ذكروا بالنسبة الى زوال الولاية بالبلوغ خاصة ، مع أنه لاخلاف في ضم الرشد اليه ، فلو بلغ ولم يكن رشيداً فالولاية باقية ، ففى الصورة الأولى لو آجره مدة يعلم بلوغه فيها ولا يعلم رشده ، بلكان مجهولا فان الحكم فيها كما في الثانية ، أما اذاكان معلوماً كأن يكون متميزاً قبل البلوغ ، فانه يكون الحكم كما ذكروه ، ومنه يعلم أن الصورة الثانية أعم من أن لا يعلم بلوغه ولارشده أو يعلم بلوغه ولا يعلم الفيى بعد تسليب المستأجر له وكذا غيره ممن تستأجره العمل عنده لم يضمنه ، ولا فرق هنا بين الصغير والكبير ، والحر والعبد ، فان كل من يسلم أجيراً ليعمل له فتلف لم يضمنه ،

لأنه قبضه لاستيفاء منفعة مستحقة لايمكن تعصيلها إلاباثبات اليدعليه فكان أمانة في يدء ، قالوا : ولافرق بين تلفه مدة الاجارة وبعدها .

أقول: أما تلفه مدة الاجارة فلاريب فيه، وأمابعدها لوكان صبيا أومملوكاً فهومبني على ماهو المشهور، كما تقدم في الموضع الخامس من المطلب الآول من هذا الكتاب (١) من أن العين المستأجرة من دابة أوصبى أومملوك بعد تمامالمدة هل يجب على المستأجر دهما الى المالك، فلو أخرها ضمن، ووجب عليه نفقتها أولا يجب عليه ذلك الابعد طلب المالك، والافقبل ذلك انما يبجب عليه دفع اليد عنها، والتخلية بين المالك و بينها، قولان: أشهرهما الثاني، والكلام هنا مبنى على هذا القول والله سبحانه العالم.

الثامنة والعشرون: المشهور في كلام المتقدمين أن من تقبل عملاً لم يجز أن يقبله غيره بنقيصة، الا أن يحدث فيه حدثاً يستبيح به الغضل، وقيل، بالكراهة واختاره في المسالك، والظاهر أنه قول أكثر المتأخرين.

ومن الأخبار الدالة على المشهور مارواه في الكافي في الصحيح عن محمدبن مسلم (٢) « عن أحدهما عليه الله أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلايعمل فيه ويدفعه الى آخر قيربح فيه ؟ قال : لا إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً » .

وما رواه التهذيب في الصحيح عن أبي حمزة (٣) عن أبي جعفر الجلل و قال : سألته عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه ويدفعه الي آخر يربح فيه ؟ قال لا › : ومارواه المشايخ السلاتة عن الحكم الخياط (٤) « قال : قلت لابي عبدالله « المنافي أتقبل الثوب بدرهم وأسلمه بأقل من ذلك لاأذيد على أن أشقه قال : لابأس بذلك ، شم قال : لابأس فيما تقبلت من عمل ثم استفضلت فيه › .

⁽۱) ص ۶۲ه ۰

⁽٢) الكافي ج ه ص ٢٧٣ ح ١ -

⁽٣) التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ه ، هما في الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٥ ح ١ و ٤ ·

⁽۱) الكافى ج ه ص ۲۷۱ ح ۲ ، التهنيب ج ۷ ص ۲۱۰ ح ۷ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۰۵ ح ۲

ومادواه في الغفيه والتهذيب عن مجمع (١) * قال : قلت لأبي عبدالله كُلْطِلِا أتفبل الثياب أخيطها ثم أعطيها الغلمان بالثلثين فقال : أليس تعمل فيها قلت : أقطعها واشتري لها الخيوط قال : لابأس » .

وعن على السايغ (٢) • قال : قلت لأبي عبدالله المليلة : أتقبل العمل ثم أقبله من غلمان يعملون معى بالثلثين فقال : لا يصلح ذلك الا أن تعالج معهم فيه قلت : قاتى أذيبه لهم ، قال : فقال ذاك عمل فلابأس » .

ومارواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليقاتا قال : سألته عن الرجل الخياط يتقبل بالعمل فيقطعه ويعطيه من يخيطه ويستفضل قال : لابأس قد عمل فيه ، هذا ما حضرني من أخبار المسئلة ، وكلها كماترى ظاهرة الدلالة في القول الاول ، وهو الذي عليه المعول ، ثم انه ينبغي أن يعلم أن جواذ دفعه الى غيره مشروط بما اذا كان العمل في الذمة بأن يحصل له هذا العمل بنفسه أو غيره ، أما لو كان الاستيجار على فعله بنفسه قانه لا يجوز له الدفع الى غيره ، ثم انه على تقدير الأول هل يكون ضامناً بدفعه الى الغير بدون اذن المالك صرح ابن ادريس بذلك ، والمشهور خلافه ، وقد تقدم تحقيق الكلام في ذلك صرح ابن ادريس بذلك ، والمشهور خلافه ، وقد تقدم تحقيق الكلام في ذلك في المسئلة الرابعة من مسائل هذا المطلب (٤) .

التاسعة والعشرون: اختلف الأصحاب في جواز الاجارة بأكثر مما استأجر اذا لم يحدث فيه حدثاً فقيل بالتحريم، وهو المشهور بين المتقد مين، وقيل بالجواز على كراهة وهو المشهور بين المتأخرين، وتقدم تحقيق القول في ذلك في صدر كتاب المزارعة (٥).

⁽۱) الفقيه ج ٣ ص ١٥٩ ح ١٠ ، التهديب ج٧ ص ٢١١ ح ٨٠

⁽۲) و (۲) التهسذيب ج ۷ ص ۲۱۱ ح ۹ و ص ۲۱۰ ح ۲ ، وهذه الروايات في الوسائسل چ ۱۷ ص ۲۲۲ ح ۲ و ۷ و ه .

⁽٤) ص ٦٣٥.

⁽۵) ص ۲۹۲ -

الثلاثون: اختلف الأصحاب في جواز اجارة الأرض بالحنطة والشعير مما يخرج منها، فقيل: بالتحريم، وقيل: بالكراهة، وقد تقدم أيضاً تحقيق الكلام في ذلك في الموضع المشار اليه.

الجادية والثلاثون : إذا دفع الى غيره سلعة ليعمل له فيها عملاً كالقسار والنسال وتحوهما فقد سرح المحقق بأن له أجرة المثل بشرط أحدالاً مرين ، إما كون العامل من عادته أن يأخذ الأجرة على مثل ذلك العمل ، أو كون ذلك العمل مماله أجرة في العرف والعادة المستمرة ، وعن العلامة أنه اعتبر كون العمل له أجرة عادة خاصة .

ويتخرج علىذلك صور أربع : الاولى: ما إذا حصل الشرطان المذكوران في كلام المحقق ، والأجرة ثابتة على كلا القولين .

الثانية : انتفاؤهما معاً ولا أجرة على القولين ، ولا فرق حينتُذ بين كون العمل متقوماً بأجرة ، ولا أعد العامل نفسه لها .

الثالثة : أن يكون العمل مما له أجرة بحسب العادة ، ولكن ليس من عادة العامل الاستيجار له ، والأجرة ثابتة على القولين أيضاً لأن هذا أحد شرطي المحقق وهوالذي اقتصر عليه العلامة .

الرابعة : عكس هذه الصورة بأن يكون من عادته الاستيجاد له الا أن العمل ليس مما له أجرة بحسب العادة ، والاجرة ثابتة على مذهب المحقق ، دون العلامة ، ورجيح مذهب المحقق في هذه المسئلة بأن الأمس بالعمل يقتضى استيفاء منفعة معلوكة ، للمأمود ، متقومة بالمال ، فوجب ثبوتها على الآمر كالاستيجاد معاطاة ، واللازم استيفاء عمل محترم بالأمر ، فلا يحل بدون العوض الا باباحة مالكه ، ولم يتحقق وهوجيد .

المطلب الرابع في جملة من أحكام التنازع

منها التناذع في أصل الأجارة ، والقول في ذلك قول المنكر منهما بيمينه ، سواء كان المالك أو الأجير ، لأن الاصل العدم ، والحكم انفاقي نصاً وفتوى ، بقى الكلام في أنــه لايخلو اما أن يكون حذا التناذع قبل التصرف واستيفاء المنافع كلاً أو بعضاً ، أو بعده ، وعلى الأول لااشكال في رجوع كِل مال الى صاحبه ، وعلى الثاني فلايخلو اما أن يكون مدعى الأجارة المالك أو المتصرف، فان كان المدعى المالك ، والحال أن المتصرف حلف على انكار الاجارة ، انتفت الاجارة ، وعلم المتسرف أجرة المثل ، عوض ما تصرف فيه ، فان كان أجرة المثل زائدة على ما يدعيه المالك من المسمى في العقد بزعمه ، فانه لا يجوز له أخذ الزيادة ، لاعترافه بأن المسمى في العقد أقل من ذلك ، فلا يستحق أزيد منه ، وان وجب على المتصرف دفعها لولم يدفعها سابقاً ، وحرمت المطالبة بها ان دفعها سابقاً ، وان كان المسمى بزعم المالك زايداً على أجرة المثل ، فان حدده الزيادة تنتفي بانتفاء الاجارة بعد اليمين، فليس للمالك طلبها، ولا يجب على المنكس دفعها، وأن دفعها سابقاً استرجها ، وأن كان مدعى الاجارة هو المتصرف ، والمالك ينكرها ، وينكر الاذن في التصرف مطلقا ، فقد عرفت أن القول قـوله بيمينه ، وحينتُذ إذا حلف انتفت الاجارة ، واستحق أجرة المثل لما تصرف فيه المستأجر بزعمه ، فله المطالبة بها ان لم يكن قبض قدرها سابقاً ، وإن زادت عن المسمى بزعم المستأجر ، لأن المسمى قد بطل بانتفاء الاجارة ، وصار الحكم هو أجرة المثل ، وأما لوزاد المسمى فانـــه لا يجوز له أخذه لانكاره الاجارة وبطلانها باليمين ، وان كان يعجب على المستأجر دفعه لاعترافه به ، ولوقبض المسمى سابقاً لم يكن للمستأجر المطالبة بالزايد لاعترافه به ، وان كان المالك يعترف أيضاً بانه لا يستحقه ، ويضمن المستأجر العين في هذه الصورة ، لثبوت كون التصرف غصباً ، بخلاف الأولى التي يدعي المالك فيها الأجارة ، فان العين باعترافه أمانة في يد المستأجر ، نعم لوأنكرالاجارة واعترف بالاذن في التصرف ، فلا ضمان أيضاً للخروج عن الغصب بالاذن ، والله سبحانه العالم.

ومنها التنازع في قدر العين المستأجرة بان ادعى المستأجر انك آجرتنى الدار بأجمها بمأة درهم ، فقال المالك بل أجرتك بيتاخاصا منها بمأة درهم ، والمشهور أن القول قول المنكر لاسالة عدم وقوع الاجارة على الزايد عما يعترف به المالك ، وقيل بالتحالف هنا ، لأن كلا منها مدع ومنكر فالمستأجر يدعى استيجار الدار كملا ، والمالك ينكر ذلك ، والمالك يدعى اجارة البيت خاصة ، والمستأجر ينكر ذلك .

وظاهر المحقق الأردبيلي في شرح الارشاد الميل الى هذا القول ، قال رحمة الله عليه : وأما المستأجر فالظاهر فيه التحالف ، لأنه بانكار أحد هما وحلفه لم ينقطع الدعوى والنزاع ، إذ قد ينقلب الحالف ويدعى الاستيجار في العين الأخرى ، فلابد من سماع دعواه ، ووده على وجه شرعي وليس الا بأن يكون القول قول منكره مع اليمين ، وكذا هوالظاهر في دعوى قطعه قباء وقميساً ، ولعل المصنف لم يذكر التحالف بناء على عدم دعوى الآخر ، وأما مع دعواه فالظاهر التحالف فتأمل ، انتهى .

وحاسله ان ما ذكروه هنا من أن القول قول منكر الزيادة بيمينه لا يحسم مادة النزاع، لأنه متى حلف المالك الذي هومنكر لاجارة الدار كملا انتفت الاجارة المدعاة، لكن لورجع على المستأجر وادعى عليه اجارة البيت بتلك الأجرة التي اتفقا عليها، والمستأجر بنكر ذلك، لأنه إنما يدعى الدار كملاً لا بيتاً منها خاصة، فلابد من المخرج من هذه الدعوى، وليس الا بحلف المستأجر لانكاره تلك الدعوى، فيكون القول قوله بيمينه، وهو كلام وجيه.

وفي المسالك بعد أن نقل هذا القول اجمالًا قال ، والأقوى ما اختاره المعنف لاتفاقهما على وقوع الاجارة على البيت ، وعلى استحقاق الأجرة المعينة ، وانكان توزيعها يختلف بحسب الدعوى، إنما الاختلاف في الزائد فيقدم قول منكره، وضابط التحالف أن لايتفقا على شيء كما لـوقال: آجرتك الشيء الفلاني، أو آجرتك البيت فقال: بـل العمام، ومثله ما تقدم في البيع إذا اختلفا في قدر المبيع، وفي تعينه، فالقول بالتحالف هنا دون البيع غير جيد، انتهى.

وفيه ما عرفت أنفا من أن هذا إنها يتم لولم يسرجع المالك، ويدعي على المستأجر ماذكره من اجارة ذلك البيت المخصوص وإلا فانه بعد دعواه هذه لامخرج منها إلا أن يحلف المستأجر، فمادة الاشكال ودفع القيل والقال لا يتم الا بالتحالف، على أن ما ذكره من اتفاقهما على وقوع الاجارة على البيت، وعلى استحقاق الاجرة المعينة مما لا يسمن ولا يغنى من جوع، وان كان الأمر كما ذكره بالنسبة الى ظاهر الدعويين، الا أنه متى حلف المالك على نفي اجارة الدار وانتفت الاجارة، والمستأجر لا يدعى البيت، بل ينكره فأى ثمرة لهذا الاتفاق، بل لاوجود له، وهكذا الكلام في الاجرة، وما ذكره من الاستناد الى ما تقدم في البيع وأنه كيف يقال بالتحالف هنا دون البيع، ففيه أن القول بالتحالف ثمة أيضاً موجود، وان كان خلاف ما يختاره كما هنا (قدس سره) وقد قدمنا نقله في جلة من صور الاختلاف بين المتبايعين في المطلب الرابع في اختلاف المتبايعين من الفصل الرابع في احكام المقود (١).

وأما ما ذكره من القاعدة في التحالف فاني لم أقف عليها إلا في كلامه في هذا الموضع ، وفي كتاب البيع ، ولا يعضرني الآن شيء من الأخبار الواردة بالتحالف، ولعل هؤلاء القائلين بالتحالف لا يثبتون هذه القاعدة ، على أنه بناء على ما ذكرناه من وجه التحالف في الصورة المذكورة ، فانها ترجع الى هذه القاعدة أيضاً لانهما لم يتفقا على شيء ، وان أوهم تصوير المسئلة ذلك في بادى الرأى ، لأنه متى كان المالك بدعى اجارة البيت خاصة ، والمستأجر ينكره ، والمستأجر يدعى اجارة المبات

⁽۱) ج ۱۹ ص ۱۹۰ .

الداركملاً ، والمالك ينكره ، فهو من قبيل الامثلة التي ذكرها ، ولامخرج من هاتين الدعويين الا بالتحالف ،كما لايخفي ، والله سبحانه العالم .

ومنها ما لواختلفا في رد العين المستأجرة فانه لااشكال في أن القول هنا قول المالك بيمينه ، لأنه منكر ، والاصل عدم الرد ، والمستأجر قبض لمصلحة نفسه ، فلا يقبل قوله في الرد مع مخالفة الأصل ، وبهذا فرقوا بينه وبين الودعي حيث أن المشهور في الودعي أن القول قوله في الرد ، وعلوه بأنه قبضه لمصلحة المالك فهو محسن محض ، ووما على المحسنين من سبيل ، والتحقيق في الفرق بين الودعي والأجير إنها هو ماقدمناه في كتاب العارية من أن قبول قول الودعي إنها هومن حيث كونه أميناً ، وقد دلت الأخبار التي قدمناها في كتاب الوديعة على أن الأمين ودعياً كان أو غيره من الأمناء يقبل قوله فيما يدعيه بغير اليمين ، وان كان المشهور بينهم ضم اليمين .

وأما ألاجير فأنهم وان ادعوا أنه أمين فهوغير مسلم ، كما تقدمت الاشارة اليه في المسئلة الرابعة والعشرين ، لأنه عامل بأجرة ، فهومن قبيل المعاوضات ، وبالجملة فانه غير داخل في اطلاق تلك الأخبار ، وحينتذ فيرجع في حكمه الى القاعدة المتفق عليها ، وهي أن البيتنة على المدعى ، واليمين على المنكر ، بخلاف الودعى وغيره ممن يكون أميناً ، فانه يعمل فيه بمقتضى تلك الأخبار ، وبها تخصص أخبار تلك القاعدة المتفق عليها ، الا أنهم لمدم وقوفهم على الأخبار التي قدمناها في الوديعة ، إنما عللوا قبول قول الودعى بما ذكر وه هنا ، من أنه محسن، ووليس على المحسنين من سبيل ، بخلاف من قبض لنفع نفسه ، وهو تعليل عقلى اصطلحوا عليه ، ولادليل عليه في الأخبار .

و منها ما لو اختلفا في قدر الأجرة فقال الشيخ في المزارعة من الخلاف: الذى يليق مذهبنا أن تستعمل فيه القرعة فمن أخرج اسمه حلف، وحكم له به، لاجماع الفرقة على « أن كل مشتبه يرد الى القرعة ، وقال في المبسوط: إذا اختلفا في قدد المنفعة بأن يقول: أكريتها شهراً ، أو يقول: الى الكوفة ، فيقول: بل الى شهرين أو الى بغداد ، وفي الأجرة قال قوم: يتحالفان ، وقال قوم: ان كان قبل منى المدة تحالفا ، وان كان بعدها في يد المكترى لم يتحالفا وكان القول قول المشترى اذا كانت السلمة وكان القول قول المشترى اذا كانت السلمة تالفة ، وهذا هو الذى يقتضيه مذهبنا ، وان قلنا يرجعان الى القرعة ، فمن خرج اسمه حلف وحكم له به كان قويا ، وقال ابن الجنيد: اذا اتفقا في المدة والمكان واختلفا في الأجرة في العرف ، كان الأجير مدعياً فضل أجرة في مال المستأجر ، وعليه البيانة ، وكذلك ان اختلفا في الجنس ، فيقول الأجير قفيز حنطة ، ويقول المستأجر خمسة دراهم ، هذا انقضت المدة أو ركبت الدابة ، وان كان قبل العمل أو الركوب ، ولم تقم اذا انقضت المدة أو ركبت الدابة ، وان كان قبل العمل أو الركوب ، ولم تقم يينة ولم يسأل أحدهما يعين الآخر تحالفا و انفسخت الاجارة . .

وقال أبن البراج: أن لم تكن بيّنة تحالفا ، فأن نكل أحدهما عن اليمين كان القول قول الآخر مع يمينه ، فأن حلفا جيماً أو نكلا معاً عن اليمين انفسنع العقد في المستقبل ، وكان القول قول مالك الدار مع يمينه في الماضي ، فأن لم يحلف كال له أجرة مثلها عما سكنه المستأجر .

وقال ابن ادريس: القول قـول المستأجر وعلى المالك البيتنة، وقال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال، ثم قول ابن ادريس أخيراً: وهو الوجه، لنا أنه منكر، ولو أقام كل منهما بيتنة قدمت بيتنة المدعى، لأن القول قـول المنكر وللتحالف وجه، لأن كل واحد منهما مدع باعتبار، وكذا القرعة، وقد تقدما في البيع.

أقول: والمشهور بين المتأخر بن هو ماذكره ابن ادريس، وهو الأنسب بمقتضى قواعدهم، لأنهما قد اتفقا على العقد، وعلى انتقال العين المستأجرة والمستة، وثبوت الأجرة التي يدعيها المستأجر، وانما الخلاف فيما زاد عنها، فأحدهما

يدعيه ، والآخر ينكره ، والأصل عدمه ، فالقول قول المنكر بيمينه ، إلا أن المسئلة لما كانت خالية من النص فللإشكال فيها مجال .

وبالجملة فان المسئلة هنا جارية عندهم على ماتقدم في البيع من الاختلاف في قدر الثمن ، وقد تقدم نقل الأقوال فيها كما هنا ، إلا أن ثمة نص ، لكنه مخالف لمقتضى قواعدهم ، فأخذ به بعض ، وأطرحه آخر ، وقد تقدم تحقيق الكلام فه ثمة .

و أنت خبير بأن قول جملة هـ ولاء الفضلاء بالتحالف في المسئلة فتوى أو احتمالاً مما يوهن الضابطة التي ادعاه الشهيد الثاني في التحالف ، وأنها ليست ضابطة كلية ، للاتفاق على وقوع العقد والمدة والعين المستأجرة مع أن هؤلاء قالوا: بالتحالف فيها ، والضابطة المذكورة تضمنت أن لا يتفقا على شيء ، فلو كان الأمر كذلك لما خرج عنها جملة هؤلاء الفضلاء من العلامة ومن قبله ، فان العلامة هنا وان رجح ماذهب اليه ابن ادريس إلا أن ظاهره احتمال التحالف ، والقرعة كما هو أحد الأقوال المذكورة .

ومنها ما لو اختلفا في التلف فظاهر جملة من المتأخرين وهو قول الخلاف وجلة من أتباعه: أنه لاضمان على المستأجر ، بل القول قوله بيمينه ، لأنه أمين وقيل : بالضمان ، وأن القول قول المالك ، إلا أن يقيم المستأجر على ما ادعاه البيئنة ، أو يكون المدعى مشهوراً ظاهراً : وقد تقدم الكلام في هذه المسئلة ، و نقل الأقوال والأخبار المتعلقة بها كملا ، والكلام فيها بما رزق الله سبحانه فهمه منها في المسئلة الرابعة والعشرين .

و قال شيخنا الشهيد الثانى في المسالك بعد نقل عبارة المصنف المتضمنة لاختيار القول الثانى ماصورته: وقيل: الفول قولهم مع اليمين ، لأنهم أمناء وهو أشهر الروايتين ، وكذا لو ادعى المالك التفريط فانكروا القول بضمانهم

مغ عدم البينة هو المشهور ، بل ادعى عليه الاجماع ، والروايات مختلفة ، والأقوى أن القول قولهم مطلقاً ، لأنهم امناء ، وللأخبار الدالة عليه ، ويمكن الجمع بينها و بسين ما دل على الضمان بحمل تلك على ما لو فرطوا أو أخروا المتاع عن الوقت المشترط ، كما دل عليه بعضها ، انتهى .

أقول: لا يخفى ما فيه على الفطن النبيه بعد الاحاطة بما قدمنا تحقيقه في المسئلة المذكورة ، وذلك فان روايات المسئلة بعد حمل مجملها على مفسلها ومطلقها على مقيدها ، لا تخرج عن شلائة أقسام ، فقسم منها تضمن أن كل ما جنته يد السانع والعامل سواء كان عن تفريط أم لا فهو ضامن ، وأن ذلك قاعدة كلية في كل من أعطى الأجر ليصلح ، فأفسد .

وقسم منها تضمن أن مع دعوى التلف فانه يضمن ، إلا أن يقسيم البيشنة أو يكون التلف ظاهراً مشهوراً كالغرق والحرق والغارة ، ونحو ذلك .

وقسم منها تضمن أنه مع دعوى الثلف فان كان ثقة مأموناً غير متهم، فلا ضمان عليه ، وإلا فهو ضامن ، وكل من الأقسام الثلاثة اشتمل على روايات عديدة ، وليس فيهاما يدل على ما ادعاه وغيره ممن قال بهذا القول ، سوى رواية واحدة وهي صحيحة معوية بن عمار (١) ، وقضية الجمع بين الأخبار تقييدها بما دلت عليه اخبار المسئلة ،كما ذكره الشيخ ، وبذلك يظهر لك ماني قوله أن القول قولهم بيمينهم وهو أشهر الروايتين ، فانه ليس في أخبار المسئلة على كثرتها وتعددها سوى رواية معوية بن عمار المذكورة ، فمن اين هذه الشهرة ، فان أراد الروايات الواردة في غيرهذه المسئلة كالواردة في الوديعة وتحوها مما يدل على ان الأمين الواردة في غيرهذه المسئلة كالواردة في الوديعة وتحوها مما يدل على ان الأمين على كثرتها متفقة على الضمان الامع البينة ، أوظهور الأمر ، أو كونه ثقة مأ مونا ، وتلك الروايات وتخصيص تلك وتلك الروايات وتخصيص تلك

⁽۱) الوسائل ج ۱۳ ص ۲۷۶ ح ۱۶.

وكذا يظهرلك مافي قوله أن الروايات مختلفة فيما لوادعى المالك التفريط فأنكروا، فان فيه أن روايات المسئلة منحصرة في الأقسام الثلاثة التي ذكر ناها، وليس في شيء منهاما يتضمن هذا الفرد الذي ذكره، وحينتُذ فان أداد بما ذكره روايات القسم الاول، وهومادل على وجوب الضمان على كل من أعطى الاجر ليسلح فأفسد، فقد تقدم أنها متفقة على هذا الحكم، وأنهم عليه جملوه قاعدة كلية، ولامخالف لها في شيء من الأخبار، وان اراد أخبار القسم الثاني فهوقد أشار اليه في صدر كلامه، وذكر أن كون القول قولهم هو أشهر الروايتين.

وبالجملة فان روايات القسم الثاني الدالة على أنه يضمن مع دعـوى التلف دالة على الضمان ، أعم من أن يكون بتفريط أولا بتفريط ، وأنه يبحب الضمان الا مع قيام أحد الأمور الثلاثة المتقدمة ، ثم أنه على تقدير القول بما اختاره من أن القول قول المستأجر بيمينه، لأنه أمين ، فالكلام في اليمين هنا كما تقدم في الوديعة والعاربة ، من عدم وجود دليل على اليمن ، بل ظاهر الأخبار وبه قال جلمة من الأصحاب كما تقدم في الوديعة ، أنه لايمين ، وإنما يقبل قوله من غير يمين ، بل القول بذلك هنا أضعف لعدم وجود دليل دال على قبول قـول المستأجر بالكلية ، فضلاً عن أن يضم اليه اليمين ، بل الأخبار كلها بعد ضم بعضها الى بعض متفقة على وحوب الضمان عليه ، الامه قيام أحد الأمور الثلاثية المتقدمة ، وما ادعاه هو وغيره من أنه أمين فيترتب عليه قبول قوله في التلف ممنوع ، إذ لا دليل عليه بل الدليل كما عرفت واضح في خلافه ، لاتفاق الأخبار على تضمينه في التلف الامم قمام البينة ، أو شهرة الأمريه ، أو كونه مأموناً من دعوى الكذب ، على أنه لو كان أميناً لقبلوا قوله في الرد ، مع أنهم منعوا من قبوله كما عرفت ، والله سبحانه العالم. ومنها مالو دفع إلى الخياط ثـوباً فقطعه قباء مدغياً اذن المالك، فقال المالك إنما أمرتك بقطعه قميصاً ، وقـد اختلف كلام الشيخ في ذلك ، فقال فـي كتاب الوكالمة من الخلاف: القول قول الخياط، وفي كتاب الاجارة منه: القول

قول صاحب الثوب ، وبه قال ابن ادريس ، وقال في المبسوط: القول قول الخياط ، وقال قوم : القول قول دب الثوب ، وهوالصحيح ، واحتج بأن الثوب له ، والخياط مدع للاذن في قطع القباء فعليه البينة ، وإذا فقدها فعلى المالك اليمين ، ولانهما لواختلفا في أصل القطع كان القول قول دب الثوب ، فكذا في صفة القطع .

وقال في الخلاف: وكنا قلنا في ما تقدم في هذه المسئلة أن القول قسول الخياط، لأنه غادم، وأن رب الثوب يدعى عليه قطعاً لم يأمره به، فيلزمه بذلك ضمان الثوب، فكان عليه بذلك البينة، فاذا فقد ها وجب على الخياط اليمين.

وقال في المختلف بعد ذكرهـذا الكلام من أوله الىآخره: وهذا أيضاً قوي ، وهذا يدل على تودده ، والحق ما ذكره في الخلاف أولاً وقواه في المبسوط، انتهــى .

أقول: وكلامه مؤذن بنوع تردد في ذلك ، فانه قوى ما ذكره من تعليل الشيخ للقول بأن القول قول الخياط بيمينه، ثم قال: والحق ما ذكره في الخلاف الى آخره، وهو يعطى اختياده القول بتقديم قول صاحب الثوب، الا أن عبارته لا يخلو من ردائة، فان اختياره لما ذكره في الخلاف أو لا أن أراد بهذه الأولية باعتبار ما قدم نقله عنه والذي قدمه إنما هوأن القول قول الخياط، وان أراد الأولية باعتبار ذكره المسئلة في الخلاف فهو يتوقف على مراجعته، وأن المقدم فيه هو كتاب الاجارة على كتاب الوكالة.

وكيف كان فانك قد عرفت العلة في كل من القولين ، وأن العلمة في تقديم قول المالك أن الخياط يدعي عليه الاذن في هذا القطع المخصوص ، والأصل عدمه، وانه كما يقدم قول المالك لوتنازعا في أصل الاذن وعدمه فكذا في صفته ، لأن مرجعه الى اذن مخصوص .

والعلة في تقديم قول الخياط أن المالك يدعي عليه الأرش ، فيكون غارماً ، والأصل عدمه فيقدم قوله في نفي ذلك من نفسه ، وان لم يثبت له الأجرة .

والمسئلة كما ترى عارية عن النصوص، والتعليلان متدافعان، ولو قيل: بالتحالف جمعاً بين هذين التعليلين لأمكن، فإن الخياط من حيث دعوى المالك الأرش عليه، والأصل عدمه، يقدم قوله في ذلك بيمينه، ومن حيث دعواه الاذن على المالك وأنه يستحق الأجرة بناء على ذلك، والمالك منكر، فيقدم قول المالك في هذه الدعوى، لاصالة عدمها كما تقدم، فيتحالفان لقطع ها تين الدعويين، والايراد بأن ذلك مخالف لمقتضى قاعدة التحالف المتقدمة مردود، بما تقدم، من عدم ثبوت القاعدة المذكورة، وتصريح جمع من الأصحاب بالخروج عنه في كتاب البيم وفي هذا الكتاب.

ثم انه على تقدير القول بتقديم قول المالك بيمينه واستحقاقه الأرش فهل هوعبارة عن تفادت مابين قيمته مقطوعاً قميصاً وقباء فعلى هذا لوصلح لهما فلا أرش ، أو عبارة عن تفاوت مابين قيمته صحيحاً ومقطوعاً ، لأن القطع على هذا الوجه الذي يدعيه الخياط عدوان ، احتمالان : ذكرهما في المسالك ، والله سبحانه العالم .

والى هنا تم الجرز الحادى والعشرون حسب تجزئتنا بحمد الله ومنه ، وقد بذلنا الجهد غايته في تصحيحه ومقابلته للنسخة بقلم المصنف (طاب ثراه) ويتلوه الجزء الثانى والعشرون في كتاب الوكالة ان شاء الله تعالى ونرجو من الله التوفيق على طبع بقية الأجزاء والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

فهرس الجزء الحادى والعشرين من كتاب الحدائق الناضرة

المفحة		الصفحة	
 يصح ضمان النفقة الماضية للزوجة	79	كتاب الضمان	٣
دون المستقبلة	,	يشترط فيالضامن جوازالتصرف المالي	۵
المشهور صحة ضمان المجهول		ضعف أدكة القائلين باعتبار علم المنامن	Y
واختلفوا فيما يرجع اليه		بالمضمون له والمضمون عنه	
جواز ضمان الاعيان المضمونة	44	اشتراط رضي المضمون له في صحة	11
جواز ضمان العهدة		الضمان وعدمه	
تسمية هذا الضمان بضمان العهدة	44	هل المعتبر مجرد رضي المضمون له	۱۳
اذا خرج المبيع مستحقاً رجع على	٤١	كيف اتفق أم لا؟	
الضامن		لم نجد دليلاً شافياً على عدم اشتراط	10
اذا اختلف الضامن والمضمون له في	24	رضى المضمون عنه	
قبض مال الضمانة		يشترط في الضامن المسلاءة أو العسلم	17
اذا رضى المضمون له من الضامن بيعض	٤o	باعساره	
المال أو		صور الضمان وحكمها	19
كتاب الحوالة		رجوع الضامن على المضمون عنه بما	۲۱
أركان الحوالة ثلاثة	£Y	دفعه الى المضمون له ان ضمن باذته	
ان رضى المحيل و المحتال ركن	٤٩.	رجوع الضامن على المضمون عنه بأقل	74
دون رضى المحال عليه		الأمرين فيما دفع عروضاً	
براءة المحيل من حسق المحتال		عدم جــواز ضمان المضمون عنه عن	40
بمجرد الحوالة	- 1	الضامن ما ضمنه عنه	
شرائط صحة الحوالة	۳٥	اختلف الأصحاب في مال الكتابة	77
يشترط تساوى المالين جنسأ ووصفأ	00	المشروطة	

اذا أحال المشترى البايع بالثمن ثم م ١٩٨ يصح الصلح مع الاقراد والانكار رد المبيع بعيب سابق فهل تبطل الحوالة عن علم العلم بالمتنازع فيه وحهله

٩٧ أركان الصلح أربعة

لو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة | ٩٩ اذا وقع الصلح بين شريكين على أن يكون الربح والخسران على أحدهما

۱۰۱ لو کان معهما درهمان فادعاهما أحدهما وادعى الآخر أحدهما

للمكفول له مطالبة الكفيل باحضار ١٠٣ لو أودع رجل دينارين وآخر ديناراً فضاع دينار منها

٦٧ حكم منضمن غيره الى أجل وقال إن ١٠٥ لو كان لواحد ثوب بعشرين درهما وللآخرثوب بثلاثين درهمأ ثماشتبها

٧٣ حكم اطلاق الغريم من يد صاحب الحق ١٠٧ لوصالحه على در اهم بدنا نير أو بدر اهم

١٠٩ لو ادعى اثنان عيناً في يد ثالث بالمناصفة فصدق المدعى عليهأ حدهما فيما يدعيه

١١١ جواز مصالحة المدعى عليه المنكر على سقى زرعه بمائه وعدمه

١١٣ لو قال المدعى عليه صالحتى عليه لايكون ذلك اقرارا بالملك

١١٥ يجوز اخراج الرواشن والأجنحة الى الطرق النافذة

٨٥ لايشترط في صحة الصلح سبق نزاع / ١١٧ يجوز اخراج الرواشن . . . سواء عارضه فيه مسلم أم لم يعارضه أحد

أم لا ؟

متى قلنا يبطلان الحوالة بأي سبب كان حمد في صور الجهل بالمتنازع فيه فقد برئت ذمة المحال عليه

11

٦٢ كتاب الكفالة

اعتبار رضى الكفيل والمكفول له والمكفول

المكفول عاجلاً

لمآت به کان علی کذا

٧٥ احضار المكفول قبل الأجل

اذا تكفل رجلان ببدن رجل لرجل...

اذا مات المكفول برء الكفيل وكذا لو جاء . . .

الواجب في عقد الكفالة الاتيان بلفظ يدل على ذلك

كفالة الجزء الذى تبقى الحياة بعد زواله

٨٣ كتاب الصلح

الاختلاف في كونه عقداً برأسه أوفرعاً |

ا ١٤٧ كتاب الشركة

١٤٩ الشركة اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشباع ١٥١ أركان الشركة ثلاثة

١٥٣ ان المراد بالشركة ما امتزج من المالن واشتبه فيه التمييزبين الحقوق بحسب الظاهر ١٥٥ يكره مشاركة المسلم لأهل الذمة .. والشركة قد تكون في عن . . .

١٥٧ الشركة في العروض الغير المثلية ١٥٩ أنواع الشركة

١٦٣ اذا اشترط أحدهما زيادة الربح مع تساوى المالن

١٦٥ صحة اشتراط الزيادة اذا كان العمل من أحدهما

١٦٧ ان الشركة في الحقيقة توكيل وتوكل ويترتب عليها حكمها ١٦٩ ان الشريك أمن وان القسمة براسه أمر موجب لتمليك الشريك

١٧١ انه مسم الضرر على الكل وعدم ضرورة لاتجوز القسمة

١٧٣ متى حصلت القسمة بين السهام ١٠٠٠ فلابد للتعيين . . . من القرعة ١٧٥ ظاهر الأخبار صحة الاقتسام مع تراضيهمامن غيرتو قف على قاسم ...

١١٩ عــدم جواز اخراج الرواشن والأجنحة في الطرق المرفوعة ١٣١ بقـاً حــق الأولوية بعد سقوط الروشن و . . .

١٢٣ لـو كان في السكة المرفوعة أبــواب | معضها أدخل من الآخر

١٢٥ الجدار بن الملكن

١٢٧ الاختلاف في الرجوع بعد وضــع الخشب المعار

١٢٩ اذا رفع صاحب الجذوع جذوعه فهل يحتاج اعادتها باذن جديد أو لا؟ ا ١٦١ وجه تسمية شركة العنان

۱۳۱ لو تداعيا جداراً

١٣٣ لو أراد أحد الشريكين عمارة الجداد المشترك...

١٣٥ لو اختلفا في خص قضي به لمن اليه معاقدالقمط

١٣٧ اذا كان البيت لرجل وعليه غرفة لآخ فتداعما جدران البيت

١٣٩ التنازع في سقف البيت الذي هـ و أرض الغرفة

١٤١ اذا خرجت أغصان الشجرة الى ملك الحار

١٤٣ لو تنازع راكب الدابة وقابض لحامها

١٤٥ لو تداعيا جازً كان بيديهما

١٧٧ لاتصح قسمة الوقف

١٧٩ اذا استوفي أحدهما من المشتري شيئاً | من الثمن يشاركه فيه الآخر

١٨١ أذا استوفي أحدهما من ثمن المشترك ا شئأ كان سنهما

١٨٣ أذا استوفيأحدهما من المالاللشترك شستاً كان سنهما

١٨٥ أن في المقام اشكالًا

١٨٧ عدم صحة الشركة في سقاء علىأن يكون الجمل من أحدهما والروية عن الآخر

انه له ولغير.

١٩١ لوباع أحدالشريكين سلعة بينهما...

۱۹۳ الدعوى بين الشريكين وبين المشتري والشريك

١٩٥ اختلاف المشتري والشريك غيرالبايع في القبض

١٩٧ مايترتب على بطلان شركة الأبدان

١٩٩ كتاب المضاربة

٢٠١ اعتراض المحقق (قده)

٢٠٣ في العقد وما يلحق به

٢٠٥ يلزم العمل بما شرط فلو خالف ضمن ويكون الربح بينهما

٢٠٧ دلالة الأخبار بكون الربح بينهما مم المخالفة

٢٠٩ متى صحت المضاربة فللعامل تولي ما نتولاء المالك

٢١١ المرادبالسفر هنا هوالعرفي وبالنفقة ما يحتاج اليه . . .

٢١٣ مقتضى اطلاق الاذن هو البيع نقداً بثمن المثل من نقد الملد

٧١٥ لو خالف العامل ما دل عليه اللفظ بخصوصه أو اطلاقه

٢١٧ تبطل المضاربة بموت كل منهما

٢١٩ يشترط في مال الفراض أن يكون عيناً لا ديناً و ...

١٨٩ عدم حسول الشركة لو احتطب بنية ٢٢١ يعتبر معلومية مقدار مال القراض ولو مشاعاً

٣٢٣ لوأخذ مالًا للمضاربة مع عجز معنه

٢٢٥ أذا قارض المالك الغاصب على مال المغصوب

۲۲۷ لو مات رب المال والمال عروض في يد العامل

٢٢٩ ان المضارب يستحق من الربح ما وقع عليه الشرط

٦٣١ يشترط في الربح الشياع

٢٣٣ الفروع المترتبة على اعتبار الاشاعة في الربح

٣٥٥ لو شرط أحدهما لغلامه حصة من الربح صح

٢٣٧ لودفع المالك مال القراض في مرض الموت

٢٤١ أن العامل أمن

۲۴۳ اذا اشترى العامل من ينعشق على المالك ماذنه

۲٤٥ اذا اشترى العامل من ينعتق على المالك بغير اذته

٢٤٧ اذا كان مال القراض لامرأة فاشترى العامل زوجها

٣٤٩ لو اشترى العامل أباه أو من ينعتق عليه

٢٥١ كان القراض من العقود الجائزة فلكل من المالك والعامل فسخه

٢٥٣ قالوا متىفسخ المالك وكان المال ناضاً لاربح فيه فللعامل أجرة المثل

و ٢٥ اذاكان المالسلفاً بعدفسخ عقدالمضاربة

٢٥٧ لايجوز أن يضارب غيره إلا باذن المالك

و يكون النصف الآخر لمن ؟

لأحد استحقاق شيء من الربح حتى يستوفي المالك جميع رأس ماله

٢٦٣ انالتالف من مال التجارة بعد دورانه فيها يجبر بالربح

٣٦٥ تبطل المضاربة اذا تلف مال التجارة قىل دورانە

٣٣٩ الأقوالاالأربعة في تحقق ملك العامل / ٢٦٧ يجوز تعدد كل من العامل والمالك ٢٦٩ لواشترى العامل شيئاً للقراش فتلف الثمن قبل دفعه الى البايم

۲۷۱ اذا دفع اليه مالاً قراضاً وشرطعليه أن مأخذ له ساعة

٢٧٣ عدم جواز وطيء جارية اشتراها للقراض

٢٧٥ اذا مات وفي يدء أموال مناربة

٢٧٧ كتاب المزارعة

٢٧٩ وقوع المزادعة بلغظ الأس

۲۸۱ عدم اعتبار کون الارض ملکاً لأحدهما

٢٨٣ لابأس بالمزادعة بالثلث والربع

٥٨٥ اشتراطأن بكون النماء مشاعاً بينهما تساوما فيه أو تفاضلا

٢٥٩ لولم يأذن له فلا يصح القراضالثاني ال ٢٨٧ هل يجوز أن يستأجر الأرض بالحنطة ويزرعها حنطة أملاء

٣٦١ لوأنكر العامل مال القراض...وأن ليس العلم المربعوز أن يستأجر الأرض بعنطة منها أع لا ؟

٢٩٣ فيما لو استأجر الأرض بالأكثر ولم يحدث فيها شيئاً

ه ٢٩ في الجمع بين الأخباد

٣٠١ المناقشة في باقي أنحاء الجمع

٣٠٣ في اشتراط تعيين المدة وعدمه

٣٠٥ هل يعتبر في المدة المتدادها الي ادراك الزراعة علماً أو ظناً غالماً

٣٠٧ لو منت المدة والزرع ماق

الميدة

٣١١ لوأمكن الانتفاع ثم تجددا نقطاع الماء ا ٣٤١ استقرار ما يخرص مشروط بالسلامة

٣١٣ اطلاق المزارعة يقتضى ذراعة ماشاء

٣١٥ حكم زراعة العامل ماهو أض

٣١٧ أجارة الأرض للزراعة مم عدم انكشاف الماء عنها

٣١٩ اذا استأجر أرضاً مدة معمنة لمغرس فيها ماييقي بعد المدة غالماً

فها ماييقي بعد المدة غالباً

٣٢٣ صحة المزارعة اذا كان من أحدهما محمل الاتبطل بموت المساقى ولا بموت الأرض والباقي من الآخر

> ٣٢٧ صحة وقوع المزارعة بلفظ الاجارة وعدمها

٣٢٩ لوادعي الزارع العارية وانكر المالك وادعى الحصة والاجرة

والمزارعة والاحارة

٣٣٣ يجوزللعامل ان يشارك غيره في العمل الاعمال المختصة مع الاطلاق بالحصة المعلومة

٣٣٥ في مناقشة المحقق الأردبيلي (قده) ٣٣٧ في كفاية المعلومية في الجملة في المؤنة والخراج

٣٠٩ لو ترك العامل المزارعة حتى انقضت | ٣٣٩ يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع

ا ٣٤٣ عدم جواز جعل شيء من الحصة للنقر والأرض والبذر

ا ٣٤٧ استحباب المزارعة والغرس

٣٤٩ استحباب مايقال ويفعل وقت الغرس والزرع

٥١٦ كتاب المساقاة

٣٢١ في بطلان استيجاد الأرض مدة ليغرس ا ٣٥٣ كفاية مطلق الألفاظ الداكة على التراضى بالمساقاة

العامل ولا بموتهما معا

٣٢٥ صحة عقد المزارعة بين الثلاث والأربع الهوسمة المساقاة في كل ما يقصد ورقه أوورده

٣٥٩ عدم صحة المساقاة على ودي أو شجرغير ثابت وفي الثابت اشكال ٣٦١ الكلام في الركن الرابع وهو العمل ٣٣١ اختلاف الزارع والمالك في العاربة ٢٣١ في الأعمال المختصة مع الاطلاق مالعاميل

مالماليك

٣٩٧ مشروعية الوديعة بالأدلّة الأربعة

وقبولها مطلقا

ألوديعة عندم

٣٧٣ قالوا يجوز أن يشترط رب الأرض ٤٠٢ وجوب حفظ الوديمة وعدم الدرك عليه مع عدم التفريط

٤٠٥ عدم الضمان لو اخذت منه قهراً

٤٠٧ أنه لو تمكن من دفع الظالم عن الوديعة لوجب

٤٠٩ وجوب اليمين اذاتوقف الحفظ عليها

٤١١ بطلانها بالموت والجنون والاغماء من أحد الطرفين

198 في صور الأمانة الشرعبة وفي كنفة حفظ الودسة

٤١٥ حكم الانفاق على الدابة المودعة

٤١٧ جواز تولى المستودع علف الدابة وسقيها بنفسه أوغلامه

١٩٤ عدم حواز نقل ألو دسة متي ماعتن له موضع الى ماهو دونه ولاالىما هو أحرز

٤٢١ عدم صحة وديعة الطفل والمجنون ولا انداعهما

٤٢٣ وظيفة المستودع اذاظهرله امارات المسوت

٣٦٧ صحة اشتراط العامل أن يعمل غلام العود كتاب الوديعة المالك معه

٣٦٩ يشترط أن يكون للعامل جزء مشاع ا ٣٩٩ انه يكفي ما يدل على الاستنابة من الحاصل

٣٧١ قالوا يجوز أن مفردكل نوع محصة ا ٤٠١ الصور الخمسة المتصورة في طرح مخالفة للحصة من النوع الآخر

على العامل شيئاً من ذهب أو فشة

٣٧٥ كل موضع يحكم بفساد المساقاة فيه فللعامل احرة المثل

٣٧٧ اذا استأحر المالك أجبراً للعمل بجزء من الثمرة

٣٧٩ فى قولەساقىتك على حذاالحائط بالنصف على أن اساقيك على هذا الآخر بالثلث

٣٨١ اذا هرب العامل بعد العمل وقبل اتمامه

٣٨٣ اذا ادعى المالك ان العامل خان أو سرق أو أتلف

٣٨٥ اذا ظهر المساقي علمه مستحقاً للغير ٣٨٧ ظهور الاصول مستحقاً للغير بعـــد

ظهور الثمرة

٣٨٩ أن الفائدة تملك بالظهور.

٣٩١ قيل كلمن كان البذر منه وجب عليه الزكاة

٣٩٣ يطلان المفارسة والحكم المترتب عليه

ه ۲۶ وجوب دد الوديعة الى المالك متى طلبها | ٥٩ دعوى دد الوديعة الى المأذون مور المالك

وادعى التلف

٤٦٥ اذا ادعى الوديعة اثنان

٤٦٩ لواختلفا في القيمة بعد ثبوت التفريط

٤٧١ اذا اتجر الودعى بالوديعة بغير اذن المالك

٤٧٣ لواختلف المالك ومن عنده الوديعة في أنه وديعة أو دين

ه٤٤ كتاب العارية

٤٧٧ أن العارية مماثبتت بالكتاب والسنة والاجاع

٤٧٩ اعتبار الايجاب والقبول اللفظيسين

٤٨١ في المواضع المستثناة عن جـواذ الرجوع فيها

840 عدم جواز الانتفاع بالعارية في غير الجهة المعتنة

٤٨٧ شروط المعير والمستعير

٤٨٩ عدم جواز استعارة الصيد للمحرم

٤٩١ استعادة المغصوب

٤٩٣ عدم جواز التخطيءن القدر المأذون

٤٢٧ حكم الوديعة اذا لم يعرف صاحبها

٤٢٩ لومز تج الغاصب الأمانة بماله وأودع ٢٦١ اذا أنكس الوديعة تسم اعترف بها الجميع

٣٦٤ أنه يضمن بترك كل ما يتوقف عليه ا ٤٦٣ أذا اعترف بالوديعة ثم مات الحفظ

277 انه يضمن مع ايداعها الغير من غير ك 377 صور ادعاء الاثنين الوديعة شرورة ولا اذن

ه٤٤ تسهات

٤٣٧ بماذا يتحقق التفريط في الوديعة

٤٣٩ بماذا يتحقق التعدى في الوديعة

٤٤١ جـواز الامتناع والتأخـير في دفع الوديعة إلىأن يشهد

٤٤٣ الامور المعتبرة في تحقيق الضمان بالبحود

110 حكم هتك الحرز

٤٤٧ في التعدى عما اذن له في الأجارة

٤٤٩ حكم فتح القفل وأخذ بعض الوديعة

١٥٤ يجـوز فسخ الوديعة أي دقت شـاء المستودع

٤٥٣ في عود حكم الوديعة بعد دفع اليد عن التعدى والتفريط

هه؛ اذا انكر الوديعة أو أقر بها ولكن ادعى التلف

٤٥٧ في قبول قول الودعى في دعوىالتلف بلايمين

ه٤٩ جـواز اعارة المنحة

٤٩٧ العارية من العقود الجائزة وللمالك الرجوع فيها

899 عدم وجوب اجابة بذل المعير قيمة | 800 كتاب الاجارة اليناء وكذا المستعير قسمة الارش

٠١ الانتفاعات الجائزة للمعبر والمستعير

٥٠٣ عدم جواز اعارة المستعير العن بدون اذتالمالك

ه • ٥ الروايات الداكة بعدم ضمان المستعير إلا في موارد

٧٠٥ موارد شمان العارية

٥٠٩ في مدلول الروايات

١١ه علاج تعارض الروايات

٥١٣ حمل الأمين على من لم يفرط في حفظها بعبد جدأ

١٠٥ لو استمار الدابة الى مسافة مخصوصة فتحاوزها

٥١٧ اذا حمل السيل حبًّا لرجل أو نوى فثبت في أُرضُ غيره بغير علمه

١٩ه لااشكال في الضمان مع اشتراطه

٧١ لو أدعى المستعير الأعارة وأدعى المالك الاحارة

٥٢٥ اذا فراط في العاربه ثمتلفت

٢٧ اختلافهما في القيمة بعد التفريط على / ٥٥ قالوا : اذا انهدم المسكن كان تقدير تلفه

٢٩ لو ادعى الراكب الاجارة والمالك العازية المضمونة بعدتلف العين وقبل مضى مدة لها أجرة

٣١٥ الأجارة ثابتة بالنص كتاماً وسنية واجماع علماء الخاصة والعامة

٥٣٣ الأجارة من العقود اللازمة

٣٥ الأخمار الدالة على اتساع الدائرة في العقود

٣٧٥ الأخبار الدالة بعدم بطلان الاجارة بالبيع

٢٩٥ اختلاف الفقهاء في بطلان الاجارة بالمسوت

٤١ عدم بطلان الاجارة بموتأحد منهما

٢٥ كلما بصح اعارته ... يصح اجارته ... وان العن ... امانة

وءه اشتراط الضمان عليه من غير تعد ولاتفريط

١٤٥ اعتبار كمال المتعاقدين ومعلومة الاجرة فالجملة

١٤٥ اعتبار كون الموجر مالكاً للمنفعة

٥٥١ اعتبار معلومية المنفعة في الجملة

٥٥٣ جو از اجارة الحائط المزرق للتنزه

ههه اجارة الآبق مع الضبيعة

للمستأجر فسخ الاجارة

٥٨٩ مايتوقف عليه توفية المنفعة هل هو على الموجر أو المستأجر؟

٥٩١ مايشترط في اجارة الدابة للسرعليها

٥٩٣ وجوب قيام المستأجر بعلف الدامة وسيقها

٥٩٥ في ضمان المستأجر بالتعدى وعليه اجره المثل في الزيادة

٩٧٥ في بيان من عليه نفقة الأحبر

٩٩ في المراد من الرواية المستدل بها

٩٠١ فيما يشترط فى الاجارة على حفر البئر

٦٠٣ جواز استىجار المرأة للرضاع مدة معينة ولو بدون الزوج

٦٠٥ لواستأجر ظئراً للارضاع لميلزمها

٦٠٧ أجارة المرأة للارضاع خارحة عن قاعدة الأجارة

٦١١ اطلاق اجارة الدراهم والدنانير

انما ينصرف الى المنافع التي هي المعهود الشرعي

٦١٣ لو وجدالمستأجر بالعين المستأجرة عبياً يوجب الرد

٦١٥ تلف العين في يد الصناع هل يوجب الضمان أم لا ؟

٦١٧ الأخبار الدالة على ضمان الصناع

٥٥٩ عدم جواز عمل الأجير الخاص لغر من استأجره

٦٦٥ تملك الاجرة بنفس العقد

٥٦٣ لو وجد في الاجرة عيباً سابقاً على وقت القيض

٥٦٥ في اشتراط نقص الاجرة على تقدير عدم الحمل في الوقت المعسن

٦٩٥ قولالموجر: آجرتك كلشهر بكذا

٧١٥ عدم وجوب تسليم الاجرة إلا بتسليم العين المستأجرة

٥٧٣ عدم توقف استحقاق الأجير مطالبة الاجرة بعد اتمام العمل على تسليم العبن المعمول فيها

٧٥ه حكم اشتراط عدم الاجرة في العقد وحكم ترك الاجرة فيه

٧٧ كراهة استعمال الأحير قبل مقاطعته

٧٩ه المنفعة تملك بنفس العقد كما تملك ا ٣٠٩ جواز اجارة الدراهم والدنانير الاجرة

> ٨١٥ في أنه هل يشترط اتصال مدة الاجارة | بالعقد أم لا ؟

٥٨٣ فيما دل على اقتضاء اطارق العقد اتسال زمان الاجارة به

٥٨٥ في عروض تلف العين أونقصان النفعة

٥٨٧ في اشتراط تعيين المحمول بالمشاهدة أو الكيل أو الوزن

٦١٩ الأخبار الدالة على عدم ضمان الصناع | ٦٣٣ فيمن أمر شخصاً بعمل فعمله فعليه اذا كانوا مأمونين

٦٢١ الجمع بين الأخبارالواردة في الصناع م ٦٣٥ فيما تنازع الموجر و المستأجر وتحوها

٦٢٣ في ضمان المولىما أفسده عبده الذي حود اختلافهما في رد العين المستأجرة

٦٢٥ في صحة اجارة العبد فيما أعتق بعدها ٦٢٧ نفقة العبد في تلك المدة المستأجر عليها ٦٤١ دلالة الروايات الواردة في صورة على ست المال ...

٦٢٩ اذا آجر الأب أو الوسي الصبي أو حكم ما لو دفع الى الخياط ثوباً شيئاً من ماله

٦٣١ من تقبل عمادً لم يجز أن يقبله غبره عدد ختمام الكتماب ىنقىصة

أجرته

في قدر السن

٦٣٩ اختلافهما في قــدر الاجرة

التنازع

فقطعه قباءً . . .

٥٥٥ الفهرى

والتبلف





